

Baurecht
NRW

von

Siegmar Kemm
Stand: Juni 2001

Übersicht	
	Seite
A. Allgemeines	4
I. Begriff und Inhalt des Baurechts -----	4
II. Öffentliches Baurecht im ersten juristischen Staatsexamen -----	6
B. Die Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung -----	8
I. Zulässigkeit -----	8
II. Begründetheit (§ 113 V 1 VwGO) -----	10
C. Die Anfechtungsklage gegen eine Ordnungsverfügung gemäß § 61 I 2 BauO NW -----	21
I. Zulässigkeit -----	21
II. Begründetheit -----	21
D. Drittschutz im Baurecht -----	25
I. Anfechtung einer Baugenehmigung durch den Nachbarn -----	25
II. Klage auf bauaufsichtliches Einschreiten gegenüber dem Bauherrn -----	34
E. Klage einer Gemeinde gegen eine Baugenehmigung wegen fehlenden Einvernehmens (§ 36 I 1 BauGB) -----	35
I. Zulässigkeit - Besonderheiten -----	35
II. Beiladung (§ 65 VwGO) -----	35
III. Begründetheit - Besonderheiten -----	35
F. Das Normenkontrollverfahren gemäß § 47 VwGO -----	37
I. Konkurrenz -----	37
II. Zulässigkeit -----	37
III. Beiladung -----	41
IV. Begründetheit -----	42

V.	Entscheidung des Gerichts	50
G.	Einstweiliger Rechtsschutz	52
I.	§§ 80, 80 a VwGO	52
II.	§ 123 VwGO	57
III.	§ 47 VI VwGO	58

A. Allgemeines

I. Begriff und Inhalt des Baurechts

1. privates Baurecht
 - a) Bauvertragsrecht (§§ 631ff BGB; Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB))
 - b) §§ 903ff BGB
 - c) § 226 BGB (Schikaneverbot)
 - d) NachbG (i.V.m. Art. 124 EGBGB)
2. öffentliches Baurecht
 - a) Bauplanungsrecht = flächen- und raumbezogen/ Stadtplanungsrecht = Bodenrecht + Grundstücksrecht (Art. 74 I Nr. 18, Art. 75 I Nr. 4 GG)
 - aa) Rechtsquellen
 - BauGB (vgl. zur jüngsten Novelle: Battis / Krautzberger / Löhr, NVwZ 1997, 1145ff; Dolderer, NVwZ 1998, 567ff)
 - BauNVO (vgl. § 2 V BauGB)
 - (- Planzeichenverordnung; Wertermittlungsverordnung)
 - BauGB DVO (Hippel-Rehborn Nr. 92 a)
 - gemeindliche Satzungen

Hauptbeispiele:

 - Bebauungsplan (§ 10 I BauGB)
 - Satzungen nach § 34 IV BauGB
 - bb) Inhalt

Regelung der Bodennutzung eines gesamten Gebiets (flächen-, raumbezogen)
 - b) Bauordnungsrecht
 - aa) Rechtsquellen
 - BauO NW (vgl. zur jüngsten Novelle (Gesetz zur Änderung der LBO vom 9.11.99 – GVBl NW S.622), in Kraft getreten zum 1.6.2000, Neuhausen, BauR 2000, 326ff; Mampel, NWVBl., 20 00, 81ff.)

- sog. „örtliche Bauvorschriften“ (vgl. § 86 BauO NW)
- bb) Inhalt
 - materielle Regelungen
 - primärer Zweck: Gefahrenabwehr („Baupolizeirecht“
objektbezogenes Sonderordnungsrecht)
Bsp.: Standsicherheit (§ 15)
Brandschutz (§ 17)
Generalklausel (§ 3 I 1)
 - weitere Zwecke
 - Baugestaltung (vgl. §§ 12, 86 die über
(reine) Gefahrenabwehr hinausgehen
vgl. Preuß OVG 9, 353 = DVBl. 1985,
216 – Kreuzberg- Urteil)
 - soziale Zwecke (vgl. § 49 IV)
 - ökologische Zwecke (vgl. §§ 3 I 1, 9 I,
II, 14 IV, 18, 54 II Nr. 16, 86 I Nr.4)
 - zu den Zwecken des Bauordnungsrecht
Stollmann, NWVBl. 1995, 41/46 ff.
 - formelle Regelungen
 - Zuständigkeit (vgl. §§ 60,62)
 - Verfahren (vgl. §§ 69 ff.)
 - Form (vgl. § 75 I 2, 3)
- c) Überschneidungen von Bauplanungs - und Bauordnungsrecht
(vertiefend Weyreuther, BauR 1972, 1ff)
 - aa) Abstandsflächen
§§ 22, 23 BauNVO - § 6f BauO NW
 - bb) großflächige Werbetafeln
 - cc) Verunstaltungsschutz
§ 35 III 1 Ziff. 5 BauGB - § 12 BauO NW
 - dd) Mängelbeseitigung
§ 177 BauGB - § 61 BauO NW
 - ee) Abruch
§ 179 BauGB - § 61 BauO NW
 - ff) Örtliche Bauvorschriften (vgl. § 86 IV BauO NW; § 9 IV BauGB,
vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2000, 412f.)

3. Verhältnis privates zu öffentl. Baurecht
(vertiefend Dolderer, DVBl. 1998, 19ff; Broß, VerwArch. 1998, 489ff;
sowie grundlegend Kleinlein, Das System des Nachbarrechts, 1987)
 - a) Trennung

vgl. § 75 III 1 BauO NW (verfassungsrechtl. Zulässigkeit - vgl. BVerwG, NVwZ 1997, 1865; BauR 1999, 378; einschränkend aber BVerwGE 42, 115; 61, 128 / 130; VHG Mannheim, NVwZ - RR 1995, 563: Sachbescheidungsinteresse (-) bei offensichtlich entgegenstehenden privaten Rechten)

beachte: Befugnis zur Ablehnung des Bauantrags wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresse hat keine drittschützende Wirkung (BVerwG, NJW 1988, 2056)
 - b) Verbindung
 - aa) §§ 823 II, 1004 BGB analog i.V.m. öffentlich - rechtlichen Schutzgesetzen (BGHZ 122, 1ff)
 - bb) - § 906 I 1 BGB i.V.m. § 3 BImSchG
(vgl. BGHZ 111, 63; BVerwGE 79, 254 / 258)

- § 906 I 2 BGB i.V.m. Rechtsverordnung

- § 906 I 3 BGB i.V.m. Verwaltungsvorschriften
(z.B. TA Lärm)
 - cc) § 917 BGB (vgl. BVerwG, NVwZ 1997, 186f; OVG Münster, NWVBl 1999, 464)
 - dd) §§ 24 ff BauGB

II. Öffentliches Baurecht im ersten juristischen Staatsexamen

1. Rechtmäßigkeit einer baurechtlichen Satzung, insbesondere eines Bebauungsplans im Rahmen einer Normenkontrolle gem. § 47 VwGO
2. Zulässigkeit eines Einzelvorhabens im Rahmen
 - a) einer Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung (§§ 42 I, 113 V VwGO)
 - b) einer Anfechtungsklage gegen erteilte Baugenehmigung (§§ 42 I, 113 V VwGO)
 - c) einer Anfechtungsklage gegen eine bauordnungsrechtliche Verfügung gem. § 61 BauO NW

- d) einer Verpflichtungsklage auf bauordnungsrechtliche Verfügung
gem. § 61 BauO NW
- e) eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz gem. §§ 80, 80a,
123 VwGO

B. Die Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung

I. Zulässigkeit

1. Statthafte Klageart:
 - a) Verpflichtungsklage (§ 42 I 2. Alt. VwGO) auf Erteilung der Baugenehmigung

Die Baugenehmigung - Rechtsnatur, Wirkung und Abgrenzung zu verwandten Rechtsinstituten

(vertiefend Finkelnburg / Ortloff, Öffentl. Baurecht, 5. Aufl., Bd. II, § 8)

I. Rechtsnatur

1. VA i.S. des § 35 S. 1 VwVfG NW
2. Mitwirkungsbedürftig (= Erteilung nur auf Antrag, vgl. § 69 I BauO NW)
3. Formgebunden (vgl. § 75 I 2, 3 BauO NW) - Ausnahme zu § 37 II 1 VwVfG (NW)
4. Regelmäßig gebundene Entscheidung (§ 75 I 1 BauO NW)

sog. präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (allg. dazu Maurer, Allg. VerwR, 13. Aufl., 2000, § 9 Rn. 51ff)

Ausnahme: Genehmigung nach Ermessen bei Ausnahme und Befreiung (vgl. §§ 31 II, 33 II BauGB; 73 BauO NW)

II. Wirkung (vgl. BVerwG, BauR 1979, 304; BVerwGE 84, 11; OVG Münster, BauR 1992, 610; Ortloff, NJW 1987, 1665 (1667f))

1. Feststellend (§ 75 I 1 BauO NW)
 - Kein Verstoß gegen die von der Baugenehmigungsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften
2. Rechtsgestaltend, d.h. verfügend (§ 75 V BauO NW)
3. sachbezogen, nicht personenbezogen (§ 75 II BauO NW)
4. i.d.R. Doppelwirkung i.S.d. § 80a VwGO (= begünstigender VA mit drittbelastender Wirkung (für Nachbarn)), d.h. Duldungswirkung zulasten Dritter
5. Keine Konzentrationswirkung (§ 75 III 2 BauO NW)
 - anders etwa die immissionsschutzrechtliche Anlagenehmigung (vgl. § 13 BImSchG))
 - beachte sog. Schlußpunkttheorie (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1995, 66) - jetzt aufgegeben durch BVerwG, NVwZ-RR 1996, 377; VGH Mannheim, DVBl. 1996, 686)

6. Keine privatrechtsgestaltende Wirkung (§ 75 III 1 BauO NW)
 - Für die Erteilung der Baugenehmigung ist also grundsätzlich ohne Bedeutung, ob der Bauherr privatrechtlich zur Errichtung der baulichen Anlage berechtigt ist. Wenn allerdings klar erkennbar ist, daß dem Antragsteller die zivilrechtliche Berechtigung zum Bauen fehlt, ist die Behörde mangels Sachentscheidungsinteresses befugt, aber nicht verpflichtet, die Erteilung der Baugenehmigung abzulehnen (vgl. BVerwGE 42, 115; E 50, 282; s.o. A.I.3.a)). Demgemäß kann die Genehmigungsbehörde vom Bauherr, der ein fremdes Grundstück bebauen will, den Nachweis verlangen, daß er privatrechtlich zum Bau berechtigt ist (vgl. § 69 II 3 BauO NW).
7. Zur zeitlichen Wirkung vgl. § 77 BauO NW. Frist wird durch unterbrochen durch Nachbarrechtsbehelf (arg. §§ 209, 217 BGB, vgl. VGH Mannheim, BauR 2000, 714/715)

III. Abgrenzung

1. Vorbescheid (§ 71 BauO NW)
 - Der Vorbescheid ist als die verbindliche, hoheitliche, befristete schriftliche Erklärung der Bauaufsichtsbehörde, daß einem Vorhaben in bestimmter Hinsicht nach dem zur Zeit der Entscheidung geltenden öffentlichen Recht keine Hindernisse entgegenstehen, ebenfalls ein VA.
Ein Unterfall ist die sog. Bebauungsgenehmigung, die einen Vorbescheid über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines konkreten Vorhabens darstellt (vgl. BverwG, BauR 1987, 538).
 - Der Vorbescheid hat keine Gestattungswirkung (vgl. § 71 II BauO NW, der - anders als § 76 I 2 BauO NW - nicht auf § 75 V BauO NW verweist). Er besitzt nach ganz h.A. (vgl. BVerwGE 48, 242; 69, 1) als vorweggenommener Teil der Baugenehmigung aber eine Bindungswirkung für das nachfolgende Genehmigungsverfahren (Teilentscheidung für Gesamtvorhaben, vgl. BVerwG, NVwZ 1989, 863f).
 - Vgl. zum Verhältnis Bauvorbescheid / Baugenehmigung grundlegend und vertiefend Fluck, VerwArch 80 (1989), S. 223 ff.; vgl. zum sog. gestuften Verwaltungsverfahren grundlegend Schmidt-Aßmann, FS-BVerwG, 1978, S. 569 ff..
 - Der Vorbescheid ist – wie die Baugenehmigung – ein gebundener Verwaltungsakt (vgl. § 71 II iVm § 75 I BauO NW)
 - Problematisch ist, ob der Widerspruch gegen den Vorbescheid gem. § 212 a BauGB aufschiebende Wirkung hat (s.u.)
2. Teilbaugenehmigung (§ 76 BauO NW)
 - Die Teilbaugenehmigung ist ein gestaltender VA (vgl. § 76 s. 2 BauO NW), mit dem der Baubeginn abweichend von § 75 I BauO NW für einzelne Teilabschnitte freigegeben wird (Gesamtentscheidung für Teilvorhaben). Er steht im Ermessen der Bauaufsichtsbehörde(vgl. § 76 I 1 BauO NW- vgl.

Boeddinghaus/ Hahn/ Schulte, Die neue Bauordnung in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2000, § 76 Rd. 7)

3. beachte: Obwohl Vorbescheid und Teilbaugenehmigung nur Teilentscheidung hinsichtlich des Gesamtvorhabens (vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 1991, 174; 1997, 10), ist vorläufig positives Gesamturteil notwendig.
4. Sonderfall der Baugenehmigung: sog. Nachtrags- oder Tekturgenehmigung (vgl. VGH Mannheim, BauR 1996, 372)
5. kein Gegenstand einer Verpflichtungsklage: sog. Baulast (vgl. §§ 83, 4 II, 7 I BauO NW; § 35 V 2 BauGB; vgl. dazu Di Fabio, BauR 1997, 27ff)

- b) sog. isolierte Anfechtungsklage (zum Begriff vgl. Eyermann - Happ, aaO, § 42 Rn. 18) gegen Versagungsbescheid zwar statthaft (vgl. etwa BVerwGE 38, 99/101), aber grundsätzlich mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig (vgl. Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, § 14 Rn. 19ff).
Ausnahmsweise aber dann zulässig, wenn der Kläger das Interesse dem zunächst begehrten VA verloren hat (vgl. Sodan / Ziekow, Nomos - Kommentar zur VwGO, § 42, Rn. 336) oder eine zunächst beantragte Bewilligung nicht mehr für erforderlich hält (BVerwGE 54, 54 / 55f).

2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

- Möglicher Anspruch aus § 75 I 1 BauO NW
- beachte:
 - a) früher: verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Genehmigungs-erteilung aus Art. 14 GG
 - sog. aktiver oder erweiterter Bestandsschutz durch Genehmigung notwendiger Instandsetzungs- oder untergeordneter Erweiterungsmaßnahmen (vgl. Brohm, aaO, § 21 Rn. 25; BVerwGE 72, 362f; NVwZ 1989, 667/668)
 - oder Anspruch auf Genehmigung eigentumskräftig verfestigter Anspruchspositionen (vgl. BVerwGE 26, 111/117f; 47, 126/131))
 - b) heute: kein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Genehmigungserteilung (so zuletzt BVerwG, NVwZ 1998, 842, 844f unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung; vertiefend Wahl, in FS für Redeker, 1993, 245ff; Boecker, BauR 1998, 441ff und zuletzt Mampel, NJW 1999, 975/976f)

3. Richtiger Klagegegner

- §§ 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. 5 II AGVwGO NW, 60 I Nr. 3, 62 BauO NW

II. Begründetheit (§ 113 V 1 VwGO)

1. Anspruchsgrundlage (§ 75 I 1 BauO NW)
2. Formelle Voraussetzungen
 - a) Zuständigkeit
 - aa) Untere Bauaufsichtsbehörde gem. § 62 I BauO NW
 - bb) Träger dieser Behörde bestimmt sich nach § 60 I Nr. 3 BauO NW
 - Zu § 60 I Nr. 3 a BauO NW vgl. § 4 I, II GO NW i.V.m. der VO zur Bestimmung der Großen kreisangehörigen Städte und der Mittleren kreisangehörigen Städte (Hippel-Rehborn, Nr. 20 b)
 - Gemäß § 60 I a.E., II BauO NW gelten die den Bauaufsichtsbehörden obliegenden Aufgaben also solche der Gefahrenabwehr. Gemäß §§ 3 I, 5 I OBG NW sind somit der Bürgermeister bzw. der Landrat (GO NW, KrO NW n.F.) zuständig.
 - beachte: nach der Rspr. verbieten weder das Rechtsstaatsprinzip noch sonstige Verfassungsgrundsätze, daß die Baugenehmigungsbehörde auch zuständig ist für die Erteilung von Baugenehmigungen in eigener Sache ist (vgl. BVerwG, NVwZ 1998, 737; OVG Münster, NWVBl. 1999, 141/142)
 - b) Verfahren (§§ 69f, 72ff BauO NW; BauPrüfVO)
 - c) Form (§ 75 I 2, 3 BauO NW)
3. Materielle Voraussetzungen
 - a) Genehmigungspflichtigkeit (§ 63 I BauO NW)
 - aa) Begriff der Anlage
 - Bauliche Anlage (Legaldefinition in § 2 I 1 BauO NW, beachte die Erweiterung durch die Fiktion des § 2 I 3 BauO NW); sehr weit zu verstehen (Aufstellen eines Anhängers mit großflächiger Werbeanlage- VG Weimar, ThürVBl. 1999, 194; Parabolantenne-VGH Kassel, NVwZ-RR 1999, 297)
 - Andere Anlagen und Einrichtungen i.S. des § 1 I 2 BauO NW
 - Zur Nutzungsänderung vgl. OVG Münster, NWVBl. 1996, S. 220
 - Zum Abbruch denkmalgeschützter Anlagen vgl. BVerfG, BauR 1999, 158ff auf Vorlage des OVG Koblenz, NuR 1992, 487f; Otting, BauR 2000, 514ff.

- bb) Genehmigungsfreie Vorhaben (§§ 65-67, 79, 80 BauO NW)
 - Beachte: Gemäß § 29 I BauGB n.F. gelten die §§ 30 bis 37 BauGB unabhängig davon, ob die Vorhaben nach dem Landesrecht genehmigungs-, zustimmungs- oder anzeigepflichtig sind !

Die Neuregelung des § 29 I BauGB

Durch die Freistellungstendenzen in den Bauordnungen der Länder war eine Abkoppelung des Rechts der planungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben nach §§ 29 bis 37 BauGB vom landesrechtlich angeordneten Genehmigungs-, Zustimmungs- oder Anzeigepflicht unumgänglich. Nach der Neufassung des § 29 I BauGB gelten für Vorhaben, welche die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben, und für Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie für Ausschachtungen und Abgrabungen einschließlich Lagerstätten die §§ 30 bis 37 BauGB unabhängig davon, ob die Vorhaben nach dem Landesrecht genehmigungs-, zustimmungs- oder anzeigepflichtig sind. Die Länder werden danach aus der im Whyl-Urteil (BVerwG, DVBl. 1986, S. 265) hervorgehobenen Verpflichtung entlassen, für städtebaulich und bodenrechtlich relevante Vorhaben von einigem Gewicht ein förmliches Genehmigungs-, Zustimmungs- oder Anzeigeverfahren anzuordnen. Die Freistellungsmöglichkeiten lassen jedoch die Rechte der Gemeinden unberührt. Richtet sich die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 30 I BauGB, stellen die Länder nach § 36 I 3 BauGB sicher, daß die Gemeinde rechtzeitig vor Ausführung des Vorhabens über Maßnahmen zur Sicherung der Bauleitplanung nach den §§ 14 und 15 BauGB entscheiden kann. Im übrigen haben die Gemeinden in Fällen eines nach Landesrecht ausfallenden Genehmigungsverfahrens die Möglichkeit, eine vorläufige Untersagung des Vorhabens innerhalb einer durch Landesrecht festzusetzenden Frist zu beantragen (§ 15 I BauGB n.F.). Die Untersagung der Bauausführung tritt dann an die Stelle der sonst möglichen Aussetzung der Genehmigungsentscheidung. Diese gemeindlichen Möglichkeiten bestehen in Freistellungsfällen bei Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes ebenso wie im nicht beplanten Innen- und Außenbereich.

- cc) § 63 II BauO NW - Konzentrationswirkung anderer Genehmigungen
- b) Genehmigungsfähigkeit
 - aa) Prüfung, ob öffentlich-rechtliche Vorschriften i.S. des § 75 I 1 BauO NW entgegenstehen, ist entbehrlich, wenn Genehmigungspflicht aufgrund einer anderweitigen Bindung der Verwaltung besteht
 - (1) Zusicherung (§ 38 I VwVfG NW)
 - Beachte: keine Bindungswirkung bei späterer Rechtsänderung (§ 38 III VwVfG NW)
 - (2) Öffentlich-rechtlicher Vertrag (§§ 54 ff. VwVfG NW)
 - (3) Vorbescheid (§ 71 I BauO NW)

Bindungswirkung und Rücknahme des Vorbescheids

I. Bindungswirkung

1.A.: Der Vorbescheid hat als vorweggenommener Teil der Baugenehmigung eine Bindungswirkung für das Genehmigungsverfahren, die sich auch gegen spätere Rechtsänderungen durchsetzt (vgl. §§ 43 I 2, II, 49 II Nr. 4 VwVfG NW; ganz h.A., vgl. BVerwGE 48, 242; 69, 1; OVG Münster, BauR 1995, 829; VGH Mannheim, NVwZ 1995, 716).

- Es gibt keine gesetzlichen Vorschriften, die auf einen bloßen Zusagecharakter hindeuten oder die Bindungswirkung beschränken.
- Zudem entspricht diese Auffassung dem verfassungsrechtlichen Vertrauensgrundsatz und sorgt für größere Rechtsklarheit und -sicherheit.

2.A.: Bei dem Vorbescheid handelt es sich um eine bloße Zusicherung i.S. des § 38 I 1 VwVfG NW, die bei späterer Rechtsänderung keine Bindungswirkung entfaltet (vgl. § 38 III VwVfG NW; siehe Dürr, NJW 1980, 2295ff).

II. Rücknahme und Widerruf

- Der Vorbescheid ist ein VA i.S. des § 35 S. 1 VwVfG NW und kann demnach nur unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG NW zurückgenommen werden. Beachte: Die Aufhebung des Vorbescheids kann auch konkludent durch die Ablehnung des Antrags auf Baugenehmigung erfolgen !

(4) Teilbaugenehmigung (§ 76 BauO NW)

- Bindungswirkung gegeben, Rücknahme nur unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG NW möglich
- Die Baugenehmigung darf gem. § 76 II BauO NW grundsätzlich nicht mehr versagt werden, allerdings dürfen zusätzliche Anforderungen zur Wahrung des § 3 I 1 BauO NW nachträglich gestellt werden.

(5) Gaststättenerlaubnis (§§ 2 ff. GastG)

- trotz § 4 I Nr. 3 GastG keine Bindungswirkung

bb) Keine entgegenstehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften (§ 75 I 1 BauO NW)

(1) Begriff

- Hierunter sind alle öffentlich-rechtlichen Normen zu verstehen, die nicht in einem gesonderten

Genehmigungsverfahren (z.B. nach §§ 4 ff. BImSchG) von einer anderen Behörde zu prüfen sind (keine Konzentrationswirkung der Baugenehmigung (vgl. § 75 III 2 BauO NW)).

- (2) Bauplanungsrecht (vgl. Dolde/Menke, NJW 1999, 1070ff; 2150ff)
 - (a) Bauliche Anlage i.S. § 29 BauGB
 - Gemäß § 29 I BauGB gelten die §§ 30 bis 37 BauGB unabhängig davon, ob die Vorhaben nach dem Landesrecht genehmigungs-, zustimmungs- oder anzeigepflichtig sind.
 - Die Anwendbarkeit des BauGB bestimmt sich nach § 29 BauGB.

Der Begriff der baulichen Anlage i.S. des § 29 BauGB (vgl. BVerwGE 39, 154ff; 44, 56ff)

I. Das Verhältnis zum Begriff der baulichen Anlage i.S. des § 2 I 1 BauO NW

- Die BauO NW als Landesrecht kann nicht zur Interpretation des bundesrechtlichen Begriffs herangezogen werden. Ansonsten hätte der bauplanungsrechtliche Begriff der baulichen Anlage i.S. des § 29 I BauGB bei unterschiedlicher Regelung in den verschiedenen Ländern einen jeweils unterschiedlichen Inhalt. Das wäre mit Art. 74 I Nr. 18, 72 II GG (Schaffung bundeseinheitlicher Verhältnisse) nicht vereinbar. Darüber hinaus haben Bauordnungs- und Bauplanungsrecht ganz unterschiedliche Funktionen.

II. Definition

- Bauliche Anlage i.S. des § 29 I BauGB ist eine auf Dauer mit dem Erdboden verbundene künstliche Anlage mit planungsrechtlicher (bodenrechtlicher) Relevanz. (BVerwGE 91, 234ff)

Merke: Begriff der Baulichen Anlage im planungsrechtlichen Sinne wird folglich durch zwei Merkmale konstituiert:

- weiter Begriff des Bauens
- einengendes Kriterium der (möglichen) bodenrechtlichen Relevanz; dieses ist dann gegeben, wenn Belange i.S.d. § 1 V, VI BauGB berührt werden können, d.h. ein Bedürfnis für die die Zulässigkeit des Vorhabens steuernde Bauleitplanung besteht (grundlegend BVerwGE 44, 56/61f und jüngst OVG Hamburg, NVwZ-RR 1998, 616f)
- Beispiele: Oldtimer - Lok (VGH Mannheim, VBIBW 1993, 431) und ortsfestes Schiff (VGH Kassel, BauR 1987, 183) als bauliche Anlage

Zigarettenautomat mangels bodenrechtlicher Relevanz keine bauliche Anlage (OVG Münster, BauR 1986, 544)

III. Sonstiges

- § 29 I BauGB erfaßt nur die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung einer baulichen Anlage (letzteres nur dann, wenn durch die Nutzungsänderung in bodenrechtlicher Hinsicht die Genehmigungsfrage neu aufgeworfen wird), nicht aber den Abbruch (anders § 63 I BauO NW).Nicht unproblematisch ist der Begriff der Nutzungsänderung. Nach der Rechtsordnung liegt eine Nutzungsänderung vor, wenn bei jeder Nutzung eigene tatsächliche Variationsbreite überschritten wird und der neuen Nutzung unter städtebaulichen Gesichtspunkten eine andere Qualität zu kommt. (vgl. BVerwG, NVwZ 1991, 264; 2000, 678)
- Aufschüttungen und Abgrabungen „größeren Umfangs“ liegen vor, wenn bodenrechtliche Relevanz gegeben ist (vgl. Ernst-Zinkahn-Bielenberg, aaO, Band II, § 29 Rn. 36).
- Beachte: Auch wenn die Voraussetzungen des § 29 BauGB nicht vorliegen, gelten die Festsetzungen des Bebauungsplanes ohne weiteres als objektives Recht.

(b) § 30 BauGB

(aa) § 30 I BauGB: qualifizierter Bebauungsplan

- Rechtswirksamer qualifizierter Bebauungsplan
- Problem: Nichtanwendungskompetenz der Baugenehmigungsbehörde, wenn diese den Bebauungsplan für nichtig hält (vgl. Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 7. Aufl., 1999, § 10 Rn. 10ff; BVerwGE 75, 142, 143ff)
- Vorhaben widerspricht nicht den Festsetzungen des Bebauungsplans (vgl. insbesondere § 2 V BauGB i.V.m. § 1 III 2 BauNVO)
 - Art der baulichen Nutzung: §§ 1 - 14 BauNVO
 - Maß der baulichen Nutzung: §§ 16 - 21a BauNVO
 - Bauweise, überbaubare Grundstücksflächen: §§ 21f BauNVO
- Berücksichtigung des Gebots der Rücksichtnahme (vgl. § 15 I BauNVO; vertiefend Finkelburg/Ortloff, Bd. I, S. 322ff)
- Ausnahme gem. § 31 I BauGB (i.V.m. §§ 2-9 III BauNVO) oder Befreiung gem. § 31 II BauGB

Befreiung nach § 31 II BauGB

(vgl. Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, Bd.1, S. 327ff; sowie Dolderer, NVwZ 1998, 567/568ff und Mager, DVBl. 1999, 205ff)

Die Befreiungsregelungen in § 31 II BauGB a.F. und § 4 a I a BauGBMaßnG sind in dem neuen § 31 II BauGB zusammengefaßt worden. Von den Festsetzungen des Bebauungsplans kann danach befreit werden, wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt werden und (1) Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Befreiung erfordern oder (2) die Abweichung städtebaulich vertretbar ist oder (3) die Durchführung des Bebauungsplans zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und wenn die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist.

- (bb) § 30 II BauGB: vorhabenbezogener Bebauungsplan
(vgl. Winkler, NVwZ 1997, 1193; Menke, NVwZ 1998, 577ff)
- (cc) § 30 III BauGB: einfacher Bebauungsplan
 - Rückgriff auf §§ 34, 35 BauGB
- (c) § 34 BauGB - Innenbereich
 - Kein qualifizierter Bebauungsplan vorhanden
 - Unter im Zusammenhang bebauten Ortsteilen i.S. des § 34 BauGB ist jede Bebauung im Gebiet einer Gemeinde zu verstehen, die - trotz vorhandener Baulücken - den Eindruck von Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit erweckt, nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht hat und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist. Maßgeblich für die Beurteilung ist die jeweils vorhandene Bebauung. Ein Sportplatz stellt keinen Bebauungszusammenhang in diesem Sinne dar, auch wenn auf ihm einzelne untergeordnete Nebenanlagen (Kassenhäuschen, Flutlichtmaste, etc.) vorhanden sind (vgl. BVerwG, BauR 2000, 185)
 - Gebot der Rücksichtnahme als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 34 I BauGB („einfügen“); gilt auch im Rahmen des § 34 II BauGB (i.V.m. § 15 I BauNVO)
- (d) § 35 BauGB - Außenbereich
 - Kein qualifizierter Bebauungsplan vorhanden
 - Der Begriff des Außenbereichs i.S. des § 35 BauGB wird negativ dadurch definiert, daß keiner der in §§ 30 I, 34 BauGB genannten Bereich einschlägig ist.

- Grundsätzlich soll im Außenbereich nicht gebaut werden.
- Privilegierte / nichtprivilegierte Vorhaben i.S. des § 35 BauGB

Privilegierte / nichtprivilegierte Vorhaben i.S. des § 35 BauGB

I. Worin findet die Privilegierung der Vorhaben des § 35 I BauGB gegenüber solchen des § 35 II BauGB ihren Ausdruck ?

1. A. Wegen Art. 14 I 1 GG hat der Bauherr in beiden Fällen einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung, wenn die Voraussetzungen i.ü. gegeben sind, d.h. die Behörde trifft eine gebundene Entscheidung. Eine Privilegierung der Vorhaben des § 35 I BauGB zeigt sich nur noch insoweit, als ein solches erst dann unzulässig wird, wenn die Belange des § 35 III BauGB „entgegenstehen“, während für § 35 II BauGB schon eine „Beeinträchtigung“ ausreicht. Bei privilegierten Vorhaben setzt sich also das private Verwirklichungsinteresse i.d.R. gegen das öffentliche Verhinderungsinteresse durch (vgl. BVerwGE 18, 242; BGH, NJW 1985, 3071).
2. A. § 35 II BauGB gewährt dem Bauherrn nach seinem eindeutigen Wortlaut nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (so Ortloff, NVwZ 1988, S. 320). Art. 14 I 1 GG gebietet keine andere Interpretation.

II. Einzelheiten zu § 35 I BauGB

1. § 35 I Nr. 1 BauGB
 - Es ist darauf abzustellen, ob ein „vernünftiger“ Landwirt (zum Begriff der Landwirtschaft vgl. § 201 BauGB), der die Entscheidung des Gesetzes, daß im Außenbereich grundsätzlich nicht gebaut werden soll, soweit wie möglich respektiert, für einen entsprechenden Betrieb das Vorhaben in etwa gleicher Weise errichten würde.
2. § 35 I Nr. 3 BauGB
 - Ein ortsgebundener Betrieb i.d.S. liegt vor, wenn das Gewerbe unmittelbar nach seinem Gegenstand (und nicht nur aus Gründen der Rentabilität) nur an der fraglichen Stelle betrieben werden kann, weil er auf die geographische oder geologische Eigenart dieser Stelle angewiesen ist (BVerwG, DÖV 1974, S. 398); d.h. der Standort muß besondere Eigenschaften aufweisen, die für eine sinnvolle Führung des Betriebs unerlässlich sind (Bsp.: Hafenanlagen, Werften, Steinbrüche, Kies- oder Sandgruben, Bergwerke).
3. § 35 I Nr. 4 BauGB
 - Das „soll“ ist ein normatives Tatbestandsmerkmal, in dessen Rahmen gegenläufige öffentliche Interessen (z.B. an der Freihaltung des Außenbereichs) berücksichtigt werden. Als Faustformel kann man sich merken, daß ein Vorhaben jedenfalls dann nicht im Außenbereich ausgeführt werden „soll“, wenn es irgendwo anders (z.B. im Industriegebiet) errichtet werden könnte.

III. § 35 III BauGB

- § 35 III BauGB ist ein Regelbeispiel („insbesondere“), d.h. weder abschließend noch zwingend. Ihm kommt nur eine Indizwirkung zu. Zu prüfen ist deshalb immer, ob u.U. ein unbenannter Fall vorliegt oder die Indizwirkung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls entkräftet worden ist.
- Durch § 35 III 1 Nr. 1 BauGB n.F. wird klargestellt, daß eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange insbesondere dann vorliegt, wenn das Vorhaben den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht. Dies war früher fraglich (ablehnend BVerwGE 28, 148 unter Hinweis auf die Funktion des § 35 I BauGB als Ersatzbebauungsplan; bejahend BVerwGE 68, 311 (315 f.), wenn der Flächennutzungsplan konkrete Vorgaben enthält).

IV. Die Novellierung des § 35 BauGB

- Das Bauen im Außenbereich steht im Konflikt unterschiedlicher Raumansprüche. Während einerseits gefordert wird, die bauliche Nutzung des Außenbereichs zurückzudrängen und § 35 BauGB als Hauptnorm des Umweltschutzes im Bauplanungsrecht auszubauen, wird andererseits vor allem auf die Folgenutzungen aufgegebener landwirtschaftlicher Betriebe und Betriebsteile verwiesen. Die vorhandene bauliche Substanz könne nicht dem Verfall preisgegeben werden. Mit der Neufassung des § 35 BauGB ist der Gesetzgeber einen Mittelweg gegangen, indem der Katalog der privilegierten Vorhaben gestrafft und die teilprivilegierten Vorhaben teilweise erweitert worden sind. Die Neuregelungen des § 35 IV BauGB enthalten gegenüber dem bisherigen Recht, das bei eingreifenden Umbaumaßnahmen bisher landwirtschaftlicher Gebäude lediglich die Wohnnutzung teilprivilegierte, deutliche Erweiterungen. Bedeutsam ist dies vor allem für die „landwirtschaftsnahe“ gewerbliche Nutzung, die nach der Neufassung erleichtert wird.

- Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde gem. § 36 I 4 i.V.m. § 35 II, IV BauGB n.F. ist gem. §§ 1, 2 a BauGB DVO NW erforderlich

(e) § 33 BauGB

- Nur anwendbar, wenn §§ 30, 34, 45 BauGB nicht einschlägig (vgl. Krautzberger, in: Battis / Krautzberger / Löhr, aaO, § 33 Rn.1)
- Aufstellungsbeschluß (§ 2 I 2 BauGB) muß gefaßt sein
- Formelle und materielle Planreife (vgl. § 33 I Nr. 1 und Nr. 2 BauGB)
- Schriftliche Anerkennung des Aufstellungsbeschlusses durch den Antragsteller (§ 33 I Nr. 3 BauGB)

- (f) Das Erfordernis gemeindlichen Einvernehmens gem. § 36 I 1 BauGB
- vgl. dazu unten F.
 - Beachte: Lehnt die zuständige Bauaufsichtsbehörde die Erteilung einer Baugenehmigung unter Hinweis auf das verweigerte gemeindliche Einvernehmen ab, so ist nur eine Verpflichtungsklage gegen die Baugenehmigungsbehörde erforderlich. Das Verwaltungsgericht kann das gemeindliche Einvernehmen ersetzen (vgl. Krautzberger, aao., § 36 Rn. 12). Gemäß § 36 II S. 3 BauGB kann allerdings die nach Landesrecht zuständige Behörde (vgl. § 2 BauGB DVO) das Einvernehmen ersetzen.
- (g) Erschließung muß gesichert sein (§§ 123 ff. BauGB)
- Erfordernis gilt in allen Fällen der §§ 30 ff. BauGB
 - Hierzu gehört, daß das Gebiet sowohl verkehrsmäßig und technisch als auch in sozialer Hinsicht erschlossen ist
 - Die Erschließung muß nicht im Zeitpunkt der Genehmigung vorliegen; es genügt, daß diese aufgrund der äußeren Umstände gesichert ist (vgl. § 123 II BauGB).
- (h) Kein Vorliegen einer Veränderungssperre oder eines gemeindlichen Antrags auf Zurückstellung (§§ 14, 15 BauGB)
- Die Veränderungssperre hindert die Erteilung einer Baugenehmigung, auch wenn das Vorhaben i.ü. bauplanungsrechtlich zulässig ist.
- (3) Bauordnungsrecht (vgl. Ortloff, NVwZ 2000, 750ff)
- (a) Die wichtigsten Problemkreise sind
- §§ 6, 7 BauO NW - Abstandsflächen (vgl. dazu Ortloff, NVwZ 1997, 333ff)
 - dienen unstreitig der Belichtung und Belüftung sowie dem Brandschutz, z.T. vertretener Meinung auch der Erhaltung des nachbarlichen Wohnfriedens
 - Beachte: Bauplanungsrecht hat Vorrang, § 6 I 3, XVI BauO NW

- § 12 BauO NW - Baugestaltung

- Eine Anlage wirkt verunstaltend, wenn sie das ästhetische Empfinden eines gebildeten Durchschnittsbetrachters verletzt.
- Die Anlage steht mit ihrer Umgebung im Einklang, wenn der Gegensatz zwischen der baulichen Anlage und der Umgebung von dem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter nicht als belastend oder unlusterregend empfunden wird.

- § 13 BauO NW - Werbeanlagen

- Gilt nur für genehmigungspflichtige Werbeanlagen (vgl. § 65 I Nr. 33 ff. BauO NW)
- Relevant ist hier insbesondere die mögliche Überschneidung mit anderen Rechtsgebieten, vgl. §§ 18 ff. StrWG NW, 9 BFStrG

- § 51 BauO NW – Stellplatzpflicht (zum sog. Stellplatzablösungsvertrag vgl. OVG Hamburg, NVwZ-RR 2000, 106; VGH Mannheim, BauR 1999, 1452)

- § 3 BauO NW - Generalklausel

- (b) Seit dem zweiten Gesetz zur Änderung der Landesbauordnung von 9.11.1999 (GVBl. NW 1999, 62) ist das sog. vereinfachte Genehmigungsverfahren gemäß § 68 I 1 BauO NW, in dem bestimmte bauordnungsrechtliche Vorschriften der Prüfung der Bauaufsichtsbehörde entzogen sind (vgl. § 68 I 4 BauO NW), zum „Regelverfahren“ geworden (vgl. Boeddinghaus/ Hahn/ Schulte, Die neue Bauordnung in NRW, 2. Aufl. 2000, § 68 Rd.1) von dem nur für die sog. Sonderbauten nach § 68 I 3 BauO NW abgesehen wird. § 68 I 4 BauO NW bewirkt nur eine Reduzierung des Prüfprogramms, die Konsequenzen für den Umfang der Feststellungswirkung der Baugenehmigung und damit wieder für die Modalitäten des Nachbarschutzes hat; sie führt aber nicht zu einer Einschränkung der materiellrechtlichen Anforderungen, denen das Vorhaben genügen muß (vgl. Boeddinghaus/ Hahn/ Schulte, aaO, § 68 Rd. 2). Dies bedeutet beispielsweise, daß die Bauaufsichtsbehörde § 15 BauO NW nicht prüfen darf. Der Bauherr muß aber dennoch standsicher bauen. Will der Nachbar dies durchsetzen, muß er den Weg der Verpflichtungsklage und einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO gehen(vgl. VGH Münster, BayVBl 2000, 377 ff.)

(4) Sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften

Das ist das gesamte einfache baurechtsrelevante Recht, es sei denn, es geht um Normen, die von einer anderen Behörde in einem separaten Genehmigungsverfahren zu prüfen sind (vgl. BVerwG, DVBl 1989, 1055/1058; Bsp.: §§ 2ff GastG, §§ 14 StrWG NW); von der Baugenehmigungsbehörde sind danach beispielsweise denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zu prüfen (vgl. OVG Münster, NVwZ 1986, 1890)

- Problematisch ist, ob die Baugenehmigung (noch) nicht erteilt werden darf, wenn nach anderen Fachgesetzen notwendige Genehmigungen noch nicht vorliegen (sog. Schlußpunkttheorie- vgl. OVG Münster BauR 1992, 610/611f; VGH Kassel NuR 1986, 185; a. A. VGH München NVwZ 1994, 304). Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist dies eine Frage der Auslegung des jeweiligen Landesrechts, d.h. § 75 BauO NW (BauR 1996, 225f unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BRS 56 Nr. 59), nach der sich die Schlußpunkttheorie aus dem Bundesrecht ergeben sollte.

**C. Die Anfechtungsklage gegen Ordnungsverfügungen gem. § 61 I 2 BauO NW
(vertiefend Mangel, BauR 2000, 996 ff.)**

I. Zulässigkeit

- keine Besonderheiten

II. Begründetheit

1. Rechtswidrigkeit der Beseitigungsanordnung

a) Ermächtigungsgrundlage

aa) Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage

bb) Anwendbare Ermächtigungsgrundlage

(1) § 61 I 2 BauO NW als bauaufsichtsrechtliche Generalklausel

- Beachte: z. T. wurde früher § 61 I 2 BauO NW mit der Begründung, daß die Norm nicht allein bestimmt genug sein, nur i.V.m. § 14 OGB angewandt; das OVG Münster hat diese Rechtsprechung zwischenzeitlich aufgegeben,
- Reichweite und Inhalt der bauaufsichtsrechtlichen Generalklausel, § 61 I 2 BauO NW

Reichweite und Inhalt der bauaufsichtsrechtlichen Generalklausel, § 61 I 2 BauO NW

I. Beseitigungsanordnung, (vgl. OVG Koblenz, NVwZ-RR 1999, 718f) wenn für das Vorhaben die erforderliche Genehmigung fehlt (bei genehmigungsfreien Vorhaben ist formelle Baurechtswidrigkeit nicht zu verlangen - vgl. VGH Mannheim, BauR 1991, S. 75) und es materiell baurechtswidrig ist

- Problematisch ist, wenn die Baugenehmigung (zunächst) erteilt, dann (aber) zurückgenommen worden ist und der Bauherr dagegen Widerspruch erhoben hat, dem Suspensiveffekt (§ 80 I VwGO) zukommt. Zutreffenderweise wird überwiegend angenommen, daß eine Beseitigungsanordnung erst ergehen kann, wenn der Rücknahme-VA bestandskräftig geworden ist oder dem Rechtsbehelf hiergegen der Suspensiveffekt fehlt (OVG Münster, NVwZ 1988, S. 943; VGH Mannheim, BwVPr 1978, S. 3; a.A. allerdings (wohl in Anlehnung an die Vollziehbarkeitstheorie) BVerwG, NVwZ-RR 1989, S. 48 (49)).

II. Nutzungsuntersagung, wenn die Nutzung (sänderung) im Widerspruch zum öffentlichen Recht steht (Dies kann auch Natur-oder Landschaftsschutzrecht sein - VGH Kassel BauR 2000, 555/556f unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung). Streitig ist, ob insoweit die bloß formelle Baurechtswidrigkeit ausreicht. Im Ergebnis ist dies zu verneinen, da bei materieller Rechtmäßigkeit der Nutzungsänderung das Ermessen der Bauaufsichtsbehörde auf Null schrumpft.

III. Anordnung auf Erteilung von Auskünften, z.B. zur Störerermittlung

IV. Abrisschuttbeseitigungsanordnung als Folge einer rechtmäßigen Baubeseitigungsanordnung ist nach Sinn und Zweck der Norm auch von § 61 I 2 BauO NW i.V.m. § 14 OBG NW erfaßt (nicht von § 35 II AbfG NW i.V.m. § 14 OBG NW)

V. Duldungsanordnung, gerichtet auf Duldung der Beseitigung durch einen Miteigentümer

(2) §§ 116 I 2, 138 LWG NW i.V.m. § 14 OBG NW

(3) §§ 26 II, 34 II WHG

(4) § 35 II AbfG NW i.V.m. § 14 OBG NW

(5) §§ 8, 9 LandschaftsG NW i.V.m. §§ 12 II, 14 OBG NW

(6) § 22 S. 1 StrWG NW

b) Formelle Rechtmäßigkeit

- Zuständigkeit gem. §§ 62, 60 I BauO NW

c) Materielle Rechtmäßigkeit der Beseitigungsanordnung

aa) Tatbestand

- Widerspruch einer baulichen Anlage zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften oder den aufgrund dieser Vorschriften erlassenen Anordnungen

(1) Formelle Baurechtswidrigkeit

- Formelle Baurechtswidrigkeit liegt vor, wenn eine bauliche Anlage genehmigungs- oder anzeigepflichtig ist und die erforderliche Genehmigung nicht vorliegt bzw. die Anzeige nicht vorgenommen worden oder auf die Anzeige hin eine mögliche Untersagung erfolgt ist

(2) Materielle Baurechtswidrigkeit

- Materielle Baurechtswidrigkeit ist gegeben, wenn eine bauliche Anlage den inhaltlichen Anforderungen des öffentlichen Rechts nicht entspricht. Erforderlich ist, daß die Anlage zu keiner Zeit baurechtlich zulässig gewesen ist (durchgängige Baurechtswidrigkeit wegen Bestandsschutzes (Art. 14 I 1 GG) erforderlich).

bb) Rechtsfolge

(1) Entschließungsermessen

- Es muß eine doppelte Baurechtswidrigkeit vorliegen, d.h. die Anlage muß formell rechtswidrig und darf zu keinem Zeitpunkt baurechtlich zulässig gewesen sein. Dieses

Erfordernis folgt aus Art. 14 I 1 GG bzw. dem Übermaßverbot als Ermessensgrenze, da die nachträgliche Genehmigung ein milderes Mittel darstellt, formell baurechtsmäßige Zustände herzustellen. Soweit eine solche Genehmigung nur auf Antrag des Bürgers erteilt werden darf (vgl. z.B. § 69 BauO NW), kann die Behörde - gestützt auf § 61 I 2 BauO NW - den Betroffenen verpflichten, den erforderlichen Antrag zu stellen.

- Problematisch ist eine Beseitigungsanordnung gegenüber dem Grundstückseigentümer, wenn dieser sein Grundstück vermietet oder verpachtet hat, denn die Beseitigungsanordnung hebt das (zivilrechtliche) Besitzrecht aus dem Miet- oder Pachtvertrag nicht auf (vgl. BVerwGE 40, 101 (104)). Daher könnte die Beseitigungsanordnung rechtlich Unmögliches verlangen und damit unzulässig sein. Nach Ansicht der Rechtsprechung hindert das Besitzrecht jedoch nur die Vollstreckung. Soll diese durchgeführt werden, muß daher zuvor gegenüber dem Mieter oder Pächter eine Duldungsverfügung erlassen werden (dasselbe gilt beim Besitzrecht des Miteigentümers - vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1992, S. 392). Im übrigen soll die Beseitigungsanordnung ein Kündigungsgrund gemäß § 564 b BGB sein (vgl. VGH Kassel, BauR 1984, S. 307).

(2) Auswahlermessen

(a) Eingesetztes Mittel

(b) Verantwortlicher (Störer)

- Das Bauordnungsrecht regelt die Frage der Verantwortlichkeit für baurechtswidrige Verhaltensweisen und Zustände nur für die Bauzeit. Die Verantwortlichkeit von Bauherr (d.h. derjenige, in dessen Auftrag und für dessen Rechnung eine Baumaßnahme durchgeführt wird (vgl. VGH Mannheim, ESVGH 31, 26/27); das braucht nicht der Grundeigentümer sein (arg. § 69 II 3 BauO NW)), Entwurfsverfasser, Unternehmer und Bauleiter gem. §§ 56 ff. BauO NW besteht nur für diesen Zeitraum. Nach dem Ende der Bauzeit bestimmt sich die Störereigenschaft, da das Bauordnungsrecht keine spezielle Regelung trifft, nach allgemeinem Ordnungsrecht. Die Bauaufsichtsbehörde hat den Adressaten der Beseitigungsverfügung nach allgemeinem (Polizei- und) Ordnungsrecht zu ermitteln (VGH Kassel, NVwZ-RR 1989, S. 137).
- Die alleinige Inanspruchnahme eines Miteigentümers könnte wegen Verstoßes gegen das Übermaßverbot deshalb ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig sein, weil mit der Beseitigungsanordnung von dem

Betroffenen etwas rechtlich Unmögliches gefordert wird. Denn da das Grundstück im Miteigentum von mehreren steht, könnte der einzelne Miteigentümer (privat-) rechtlich gehindert sein, die Beseitigung vorzunehmen (vgl. § 1004 BGB). Das Übermaßverbot läßt u.a. nur geeignete Maßnahmen zu. Kann der angestrebte Erfolg aber aus Rechtsgründen nicht erreicht werden, liegt keine zur Zielverwirklichung geeignete Maßnahme vor. Es ist jedoch fraglich, ob hier ein Fall rechtlicher Unmöglichkeit vorliegt. Es könnte auch nur ein zeitweiliges, behebbares Unvermögen gegeben sein, das die Rechtmäßigkeit der Beseitigungsverfügung unberührt läßt. Der Abriß kann zwar rechtlich zulässig nur von sämtlichen Miteigentümern durchgeführt werden. Bei einer Einverständniserklärung der anderen Miteigentümer bestünden an der Rechtmäßigkeit der Beseitigungsverfügung jedoch keine Bedenken. Das Miteigentum eines anderen führt somit nicht zur Rechtswidrigkeit der an einen der Miteigentümer gerichteten Beseitigungsverfügung; es stellt lediglich ein Vollzugshindernis dar, das durch eine an den anderen Miteigentümer gerichtete Beseitigungsverfügung oder Duldungsverfügung ausgeräumt werden kann.

(c) Gleichheitssatz (Art. 3 I GG)

- Bei ihrer Ermessensbetätigung müßte die Bauaufsichtsbehörde den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) beachtet haben. Als Ermessensgrenze verpflichtet das Gleichbehandlungsgebot die Behörde zu einer gleichmäßigen Ermessensausübung. Eine Gruppe von Normadressaten darf im Vergleich zu anderen Normadressaten nicht anders behandelt werden, wenn zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können. Dagegen ist verstoßen, wenn die Behörde bei räumlich benachbarten, sachlich vergleichbaren Fällen die Beseitigung einzelner, willkürlich herausgegriffener rechtswidriger Bauwerke anordnet, die vergleichbaren Anlagen aber ohne sachlichen Grund duldet (BVerwG, DVBl. 1973, S. 636; VGH Mannheim, NJW 1989, S. 603). Aufgrund des Gleichbehandlungsgebots ist die Behörde bei mehreren rechtswidrig errichteten baulichen Anlagen in einem bestimmten Gebiet nicht verpflichtet, schlagartig gegen alle „Schwarzbauten“ in einem Zuge vorzugehen. Sie kann vielmehr abschnittsweise einschreiten. Entscheidend ist, daß kein systemloses oder widersprüchliches Vorgehen vorliegt. Vielmehr

muß das behördliche Eingreifen als gleichartige, systematisch eingeleitete und planvolle, folgerichtig fortzuführende Vorgehensweise angesehen werden können (vgl. zum Problem der sog. Gleichheit im Unrecht Pauly, JZ 1997, S. 647 ff.).

2. Rechtsverletzung

D. Drittschutz im Baurecht

I. Anfechtung einer Baugenehmigung durch den Nachbarn

1. Allgemeines

Möglichkeit allgemein anerkannt seit Inkrafttreten des GG (vgl. Sellmann, DVBl. 1963, 273/276ff)

2. Prüfungsaufbau

a) Zulässigkeit

aa) Klagebefugnis

(1) Gegeben, wenn der Nachbar möglicherweise in eigenen subjektiven Rechten verletzt ist („Möglichkeitstheorie“ - vgl. Eyermann-Happ, VwGO, § 42 Rn. 43ff)

(a) Nachbarbegriff

nicht beschränkt auf Angrenzer (vgl. § 74 I BauO NW - sog. formeller Nachbarbegriff); maßgeblich ist vielmehr, ob Betroffener sich im Einwirkungsbereich der Anlage befindet (vgl. etwa BVerwG, NJW 1983, 1507; Ziekow, NVwZ 1989, 231 m.w.N.) - sog. materieller Nachbarbegriff

Problematisch: Nachbarereignis (lediglich) obligatorisch Berechtigter (Mieter, Pächter)

Der baurechtliche Nachbarbegriff

I. Räumliche Abgrenzung

- Nachbarn sind all diejenigen, deren Grundstücke von den Auswirkungen des geplanten Vorhabens berührt werden können (mat. Nachbarbegriff; vgl. dagegen den formellen Nachbarbegriff in § 74 I 1 BauO NW) .

II. Personelle Abgrenzung

1.A.: Nachbarn sind nach h.M. nur die Eigentümer und solche Personen, die aufgrund eines dinglichen Rechts eine eigentümerähnliche Position innehaben (vgl. BVerwG, BauR 1998, 994f); die obligatorische Berechtigung an einem angrenzenden Grundstück genügt nicht. Begünstigungen des Baunachbarrechts für obligatorisch Berechtigte wirken nur als bloße Rechtsreflexe. Anderes kann nur dann gelten, wenn der Nachbarschutz nach der Vorschrift (Festsetzung) erkennbar personenbezogene Elemente (Art. 2 II GG) enthält (vgl. Mampel, UPR 1994, 8; Ortloff, NVwZ 1994, 234; Schmidt - Preuß, NJW 1995, 27).

- Die Gegenmeinung hat eine unübersehbare Ausweitung des ohnehin schwer abgrenzbaren Kreises der Nachbarn zur Folge.

- Die neue Entscheidung des BVerfG betrifft nur die gegenläufigen Eigentumspositionen von Mieter und Vermieter mit ihren Auswirkungen im Mietrecht, besagt aber nichts für die im öffentlichen Baurecht bedeutsame Verfestigung der Beziehung des Mieters zum (Wohn-) Grundstück: Das Baunachbarrecht erstrebt ja einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Grundstücken und ihren Nutzungsmöglichkeiten, Grundstücke aber werden im Rechtsverkehr durch ihren Eigentümer repräsentiert / vertreten.
 - Allein die dingliche Berechtigung an einem Grundstück läßt sich durch Einsicht in das Grundbuch schnell und zweifelsfrei feststellen, so daß auch die Rechtssicherheit für diese Ansicht streitet.
 - Eine solche Beschränkung legt auch § 74 I BauO NW nahe, wonach nur die Eigentümer sowie die Erbbauberechtigten angrenzender Grundstücke zu beteiligen sind.
- 2.A.: Eine obligatorische Berechtigung an einem angrenzenden Grundstück genügt, um Nachbar i.S. des Baurechts zu sein (vgl. Jäde, UPR 1993, 330; Thews, NVwZ 1995, 224; Gassner, UPR 1995, 85; Determann, UPR 1995, 215).
- Auch für Mieter / Pächter besteht die Gefahr des Verlustes des Nutzungsobjekts oder der Beeinträchtigung des Miet- bzw. Pachtrechts.
 - Klagebefugnis gegeben gegen Planfeststellungsbeschluß (vgl. BVerwG, BauR 1998, 99)
 - Für die Einbeziehung des Mieters in den Kreis der Abwehrberechtigten spricht auch die neuere Rechtsprechung des BVerfG (BVerfG, NJW 1993, S. 2035 f; E 89, 1/7ff), wonach das Besitzrecht eine von Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition darstellt (a.A. aber OVG Lüneburg, NVwZ 1996, S. 918).
 - Es erscheint widersprüchlich, dem obligatorisch Berechtigten das Stellen eines Normenkontrollantrags gegen den Bebauungsplan zu gestatten (so BVerwG, DVBl. 1989, S. 359 f; und trotz Verschärfung des § 47 II 1 VwGO jüngst BVerwG, DVBl. 1999, 100.), eine Anfechtungsmöglichkeit von Baugenehmigungen dagegen abzulehnen (vgl. aber insoweit OVG Münster, NwVBl. 1998, S. 22, wonach der Mieter eines Grundstücks als lediglich obligatorisch Nutzungsberechtigter gemäß § 47 II 1 VwGO n.F. nicht (mehr) befugt ist, die Gültigkeit eines Bebauungsplanes durch einen Normenkontrollantrag überprüfen zu lassen).

III. Abgrenzung zum immissionsschutzrechtlichen Nachbarbegriff

- Nachbar im immissionsschutzrechtlichen Sinn ist zum einen auch der nur obligatorisch Berechtigte, zum anderen auch jemand, der nicht unmittelbar auf dem angrenzenden Grundstück wohnt. Der immissionsschutzrechtliche Nachbarbegriff ist demnach sowohl räumlich als auch personell weiter zu fassen.

(b) subjektive öffentliche Rechte

enthalten in nachbarschützenden Normen; ob Normen nachbarschützend sind, bestimmt sich nach der sog.

Schutznormtheorie (vgl. BVerwG, NVwZ 1987, 409; OVG Berlin, BauR 1995, 434 und vertiefend Bauer, AöR 113 (1988), 582ff)

Ansatz: sog. nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis, das gegenseitige Rücksichtnahme erfordert (vgl. BVerwGE 94, 181; NVwZ 1997, 384), „bodenrechtliche Schicksalsgemeinschaft“ (Finkelnburg/Ortloff, aaO S. 228) oder „planungsrechtliches Austauschverhältnis“ (BVerwG, BRS 27 Nr. 157)

Unterscheidung zwischen:

- generell (-abstrakt) drittschützenden Normen:

Normgeber hat den Konflikt der konkurrierenden nachbarlichen Interessen bereits vollständig auf Normebene reguliert

⇒ Nachbar (bereits) zur Abwehr berechtigt, wenn Norm verletzt (nicht erforderlich ist eine spürbare tatsächliche Beeinträchtigung)

Bsp.: Bauordnungsrecht

drittschützend: § 3 BauO NW (OVG Münster, NVwZ 1983, 356)

§ 4 I BauO NW (BVerwG, NVwZ 1996, 1023)

§ 6 BauO NW (OVG Münster, NVwZ 1994, vertiefend Mampel, BauR 1993, 44ff; a.A. Stollmann, SächsVBl. 1995, 155/157f m.w.N.)

nicht

drittschützend: § 12 BauO NW (OVG Münster, BRS 16 Nr. 74)

§ 13 BauO NW (vgl. OVG Lüneburg, BRS 44 Nr. 118)

§ 51 BauO NW (OVG Münster, NWVBl. 1999, 141/142)

Bsp.: Bauplanungsrecht

Drittschützend: Festsetzungen des Bebauungsplans bzgl. der Art der baulichen Nutzung (§ 9 I Nr. 1 BauGB; vgl. BVerwGE 94, 151ff; 101, 364 ff.; NVwZ 2000, 679) bereits Kraft BauGB, d.h. Bundesrechts drittschützend (sog. Gebietserhaltungsanspruch; beachte aber: bei Abwandlung gem. § 1 IV ff BauNVO Drittschutz nur, soweit der Satzungsgeber (Gemeinde) dies wollte(vgl. VGH Mannheim UPR 1998, 358; OVG Koblenz BauR 2000, 527).

§ 31 II BauGB - auch wenn von nicht nachbarschützenden Vorschriften dispensiert wird (BVerwG, NVwZ 1996, 170 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung BVerwG, NJW 1977, 1789)

§ 33 BauGB, soweit zukünftige Festsetzungen nachbarschützende Wirkung haben (OVG Münster, NVwZ 1992, 278)

nicht drittschützend : gesicherte Erschließung (BVerwGE 50, 282; OVG Münster, BauR 1983, 445)

konnkret (-partiell)
drittschützenden Normen:

abschließende
Konfliktschlichtung durch Norm (allein) nicht möglich; angemessener Interessenausgleich nur nach Maßgabe des Einzelfalls anhand des Kriteriums der (Un-) Zumutbarkeit („Rücksichtnahmegebot“)

- Rücksichtnahmegebot

Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme

1. Das Gebot der Rücksichtnahme ist gesetzlich nicht fixiert und wirkt für sich allein nicht drittschützend, sondern muß in eine baurechtliche Vorschrift hineingelesen werden(vgl. grundlegend BVerwGE 52, 122 ff.)
2. Es entfaltet zusammen mit der jeweils einschlägigen Norm Drittschutz, *wenn und soweit in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist*; dies kann grundsätzlich *nur bei einer tatsächlich spürbaren / unzumutbaren Beeinträchtigung* gegeben sein (BVerwG, DÖV 1986, S. 571 (572)). Entscheidend ist, daß sich aus individualisierenden Tatbestandsmerkmalen der einschlägigen Vorschrift ein Personenkreis ermitteln läßt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet (BVerwG, NVwZ 1987, S. 409). Beispiele:
 - a) § 30 I BauGB i.V.m. § 15 I BauNVO
 - § 15 I BauNVO als gesetzlich geregelter Fall des Rücksichtnahmegebots zur „Nachsteuerung“ bzw. „Feinabstimmung“ des Bebauungsplans (vgl. BVerwG, NVwZ 1996, 379; DVBl 2000,187;192))
 - b) § 31 II BauGB (Würdigung nachbarlicher Interessen)
 - c) § 34 I BauGB (bzgl. des Merkmals „einfügen“ vgl. BVerwG, NJW 1983, 2460/2461 OVG Münster, BauR 2001, 77)
 - Insoweit ist streitig, ob zu dem geschützten Personenkreis auch solche zählen können, die im Außenbereich wohnen. Das wäre dann nicht der Fall, wenn zu der „näheren Umgebung“ i.S.d. § 34 I BauGB nur Bestandteile des Innenbereichs rechneten (BVerwG, NJW 1983, S. 2460 (2461)). Dann könnte die Rücksichtnahme des Innenbereichs auf den Außenbereich nicht im Merkmal des „Einfügens“ enthalten sein. Der Wortlaut des § 34 I BauGB zwingt jedoch nicht zu dieser engen Auslegung. „Nähere Umgebung“ kann auch als derjenige räumliche Bereich aufgefaßt werden, auf den sich das verwirklichte Vorhaben auswirken kann. Auch ein benachbartes Außenbereichsgrundstück kann auf den Innenbereich prägend wirken. Nur so kann auch der Zweck des Rücksichtnahmegebots, Immissionskonflikte zu vermeiden, erreicht werden (vgl. VGH München, NVwZ-RR 1990, S. 529 (531)). In übrigen ist in der Rechtsprechung mittlerweile anerkannt, daß das bundesrechtliche, planungsrechtliche Rücksichtnahmegebot auch dann verletzt sein kann, wenn die nach landesrechtlichem Ordnungsrecht ??? Abstandsflächen eingehalten sind (vgl. BVerwG, NVwZ 1999, 879; vertiefend Mangel, ZfBR 1997, 227 ff.)
 - d) § 34 II BauGB i.V.m. § 15 BauNVO
 - e) § 35 III 1 Zif 3 BauGB
 - Rücksichtnahmegebot als einer der öffentlichen Belange, die dem Vorhaben nicht entgegenstehen dürfen (vgl. BVerwG, NVwZ 1994, 686; 2000, 552/553)

3. Als Mittel zur Steuerung und Vermeidung von Nutzungskonflikten besteht eine *gegenseitige* Pflicht zur Rücksichtnahme. Daraus ergibt sich, daß um so mehr an Rücksichtnahme verlangt werden kann, je empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung desjenigen ist, dem die Rücksichtnahme zugute kommt; umgekehrt braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, um so weniger Rücksicht zu nehmen, je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind (BVerwGE 52, 122 (126)). Entscheidend kommt es demnach auf die Umstände des Einzelfalls an. Es ist eine Abwägung der miteinander widerstreitenden Interessen vorzunehmen, um zu ermitteln, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmeverpflichteten nach Lage der Dinge zuzumuten ist.

- nicht dagegen: gesicherte Erschließung (BVerwG, 50, 282; OVG Münster, BauR 1983, 445)

- konkret (-partiell) drittschützende Normen:

abschließende Konfliktschlichtung durch Norm (allein) nicht möglich; angemessener Interessenausgleich nur nach Maßgabe des Einzelfalls anhand des Kriteriums der (Un-) Zumutbarkeit („Rücksichtnahmegebot“)

- Grundrechte als drittschützende Normen

- früher:

verfassungsunmittelbarer Abwehranspruch des Nachbarn aus Art. 14 I GG, wenn vorgegebene Grundstückssituation schwer und nachhaltig verändert wird und N dadurch schwer und nachträglich betroffen ist (vgl. BVerwGE 32, 173/178; 44, 244; 50, 282)

- heute:

kein verfassungsunmittelbarer Abwehranspruch aus Art. 14 I 1 GG mehr (BVerfG, NVwZ 1997, 394; 1998, 842)

beachte: Nicht geklärt ist dagegen, ob der Rückgriff auf Verfassungsrecht auch dann unzulässig ist, wenn es um den Schutz von Gesundheit und körperlicher Unversehrtheit geht (vgl. Art. 2 II 1 GG). Diese Frage hat aber wohl keine praktische Bedeutung, denn

insoweit sind die og.
Verfassungsbestimmungen und das einfache
Recht (vgl. § 3 I 1 BauO NW) wohl
deckungsgleich (vgl. VGH Mannheim,
NVwZ-RR 1995, 562 f. zu § 3 BauO BW)

- Verfahrensvorschriften als drittschützende Normen

Im Rahmen des Atomrechts haben
Verfahrensregeln drittschützenden Charakter
(BVerfGE 53, 30). Diese Rechtsprechung ist
auf baurechtliche Vorschriften nicht
übertragbar.

- (2) Klagebefugnis nicht gegeben, wenn
- (a) der Bauherr nicht Eigentümer ist und der Eigentümer als Nachbar gegen die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung klagt (vgl. § 69 II 3 BauO NW)
- Beteiligung des Eigentümers ist nicht zwingend („kann“ i.S.d. § 69 II BauO NW).
 - Baugenehmigung wird unbeschadet der Rechte Dritter erteilt (§ 75 III 1 BauO NW).
- (b) Wohnungseigentümer gegen Baugenehmigung klagt, die einem anderen Wohnungseigentümer erteilt worden ist (BVerwG, NVwZ 1998, 954/955f)
- (c) Verzicht oder Verwirkung vorliegen
- Nachbarunterschrift gem. § 74 III BauO NW
- (aa) Verbot des venire contra factum proprium
 - (bb) Aber: Die Zustimmung des Nachbarn ist eine Willenserklärung, die gem. § 130 BGB widerrufen oder gem. §§ 119 ff. BGB angefochten werden kann. Unter diesen Umständen lebt die Klagebefugnis wieder auf.
- (d) ein Fall unzulässiger Rechtsausübung gegeben ist
- (e) ein Rechtsmittelverzicht vorliegt
- Erfolgt durch Vertrag mit dem Bauherrn und kann - im Gegensatz zu § 74 III BauO NW - nicht wirksam vor Bekanntgabe des VA erfolgen

- Dies hat zur Folge, daß bereits ein Widerspruch unzulässig ist; ergeht dennoch ein Widerspruchsbescheid, ist streitig, ob die darauf basierende Klage zulässig ist.
 - Wird die Gegenleistung nicht erbracht, ist der Verzicht hinfällig; ggfls. kann der Nachbar Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 60 VwGO verlangen.
- bb) Erfolgreiche Durchführung eines ordnungsgemäßen Vorverfahrens
- (1) Beachtung der Widerspruchsfrist (§§ 70, 57, 58 VwGO, 222 I ZPO, 187 ff. BGB, str.)
- (a) Unterbliebene Bekanntgabe an den Nachbarn
- Da die Fristvorschriften (vgl. §§ 70, 58 VwGO) den Fristbeginn an die Bekanntgabe knüpfen, läuft die Widerspruchsfrist nicht an, also auch nicht ab.
Da die Baugenehmigung aber dem Bauherrn Rechte vermittelt, die ebenso schutzwürdig sind wie diejenigen des Nachbarn, kann dem Nachbar nicht das Recht eingeräumt werden, zeitlich unbegrenzt Widerspruch einzulegen. Dieser Konflikt zwischen den Interessen des Bauherrn einerseits und den Interessen des Nachbarn andererseits könnte möglicherweise über eine analoge Anwendung des § 58 VwGO gelöst werden. Danach hätte der Nachbar beginnend mit der zuverlässigen privaten Kenntnisnahme Möglichkeit ein Jahr für die Anfechtung der Baugenehmigung Zeit. Das BVerwG ist aber zurecht dogmatisch einen ganz anderen Weg gegangen. Es hat festgestellt, daß allein die Bekanntgabe als aml. veranlaßte Möglichkeit der Kenntnisnahme in verlässlicher Weise sicherstellt, daß der Nachbar sich den Inhalt der Baugenehmigung vergegenwärtigen kann. Die private Möglichkeit der Kenntnisnahme ist dagegen mit Unsicherheiten behaftet. Da Bekanntgabe und private Möglichkeit der Kenntnisnahme also unvergleichlich sind, scheidet eine analoge Anwendung des § 58 VwGO aus. Die Lösung des Problems liegt viel mehr im Rechtsinstitut der Verwirkung. Danach ist der Nachbarwiderspruch nicht wegen Verfristung, sondern Verwirkung unzulässig (geworden), wenn seit privater Möglichkeit der Kenntnisnahme ein „längerer“ Zeitraum verstrichen ist (sog. Zeitmoment) und dadurch beim Bauherrn das schutzwürdige Vertrauen darauf begründet worden ist, der Nachbar werde den Bau hinnehmen (sog. Umstandsmoment) vgl. grundlegend BVerwGE 44, 294 ff.)

- (b) Verwirkung aus anderen Gründen
 - Diese tritt dann ein, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung einige Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzutreten, die eine verspätete Geltendmachung als treuwidrig erscheinen lassen. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. (vgl. OVG Münster, BauR 1992, 753)
- (2) Heilung eines verspäteten Widerspruchs durch die Widerspruchsbehörde als „Herrin des Verfahrens“
 - Streitig, ob überhaupt möglich; im Baurecht jedenfalls nach ganz h.M. nicht, wenn ein Dritter, d.h. der Bauherr auf die Bestandskraft der Baugenehmigung vertrauen durfte
- b) Beiladung (§ 65 VwGO)
 - immer notwendige Beiladung des Bauherrn gem. § 65 II VwGO
- c) Begründetheit
 - aa) Ermächtigungsgrundlage
 - § 75 BauO NW für die Baugenehmigung / § 71 BauO NW für den Vorbescheid / § 76 BauO NW für die Teilbaugenehmigung
 - Eine Ermächtigungsgrundlage ist erforderlich, weil die Baugenehmigung zwar für den Bauherrn begünstigend ist, für den Nachbarn aber einen belastenden VA darstellt.
 - bb) Formelle Rechtmäßigkeit
 - (1) Zuständigkeit
 - (a) Sachlich
 - Untere Bauaufsichtsbehörde gem. § 62 BauO NW i.V.m. § 60 I Nr. 3 BauO NW
 - (b) Örtlich
 - Keine baurechtliche Spezialregelung
 - § 3 I Nr. 1 VwVfG NW
 - (2) Verfahren und Form
 - (a) Antrag des Bauherrn gem. § 69 I BauO NW
 - (b) Bauvorlageberechtigung gem. § 70 BauO NW

- (c) Nachbarbeteiligung gem. § 74 II BauO NW
 - Spezialregelung zu § 28 VwVfG NW
 - Benachrichtigung i.S.d. § 74 II 1 BauO NW stellt mangels Regelung keinen VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG (NW) dar. Es handelt sich um eine Verfahrenshandlung i.S.d. § 44 a VwGO.
 - Eine Heilung gem. § 45 VwVfG (NW) ist wegen § 74 I 2 BauO NW nicht möglich. Da es sich aber um eine reine Verfahrenshandlung handelt, kann die Genehmigung nicht allein wegen Verstoßes gegen § 74 II BauO NW angegriffen werden.
 - (d) Beteiligung anderer Körperschaften, Behörden, Dienststellen (§ 72 II, III BauO NW)
 - Beispiel: § 25 StrWG NW
 - (e) Schriftlicher Erlaß und Zustellung der Baugenehmigung gem. § 75 I 2, 3 BauO NW
 - (f) Begründungsfreiheit der Baugenehmigung gem. § 75 I 2 BauO NW
 - wichtige Ausnahme zu § 39 VwVfG (NW)
- cc) Materielle Rechtmäßigkeit
- (1) Genehmigungspflichtigkeit
 - (2) Genehmigungsfähigkeit
- d) Verletzung des Klägers in eigenen Rechten

II. Klage auf bauaufsichtliches Einschreiten gegenüber dem Bauherrn

- 1. Allgemeines
 - Die bauaufsichtlichen Befugnisse ergeben sich immer aus § 61 BauO NW (s.o. C. II.).
- 2. Zulässigkeit
 - a) Statthafte Klageart
 - Verpflichtungsklage (§ 42 I 2. Alt. VwGO), gerichtet auf Erlaß einer bauordnungsrechtlichen Anordnung
 - b) Klagebefugnis (s.o. D. I. 2. a) aa)

3. Begründetheit

Es ist problematisch und streitig, ob der Anspruch auf Einschreiten, d.h. Klage, bereits dann begründet ist, wenn das Vorhaben gegen eine nachbarschützende Norm verstößt (so OVG Münster, NJW 1994, 883; BauR 1990, 341; 1993, 113; OVG Saarl., NVwZ-RR 1995, 493; Mampel, UPR 1997, 267)

oder nur dann, wenn das Vorhaben besonders störungsintensiv und wesentliche Rechtsgüter verletzt (so BVerwG, BayVBl. 1997, 23; VGH Mannheim, VBl.BW 1992, 148; OVG Lüneburg, BauR 1994, 86; Sarnigshausen, NJW 1993, 1623)

beachte: nach Ansicht des BVerwG soll der Umstand, daß der Nachbar zivilrechtliche Ansprüche nach §§ 1004, 906, 823 BGB geltend machen kann beim Ermessen zu berücksichtigen sein (BVerwG, NVwZ 1998, 395)

E. Klage einer Gemeinde gegen eine Baugenehmigung wegen fehlenden Einvernehmens (§ 36 I 1 BauGB)

I. Zulässigkeit - Besonderheiten

1. Statthafte Klageart

- Richtet sich die Klage gegen die Baugenehmigung für ein Vorhaben gem. §§ 31, 33, 34, 35 BauGB, die ohne ihr gem. § 36 I 1 BauGB erforderliches Einvernehmen erteilt wurde (beachte aber die Fiktion des § 36 II 2 BauGB), ist die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO statthaft.

2. Klagebefugnis (§ 42 II VwGO)

- Ergibt sich für die Rüge des fehlenden Einvernehmens aus § 36 BauGB i.V.m. Art. 28 II GG / Art. 78 Verf NW, da § 36 BauGB der Sicherung der Planungshoheit der Gemeinde dient

II. Beiladung (§ 65 VwGO)

III. Begründetheit - Besonderheiten

1. Ermächtigungsgrundlage (§ 75 I 1 BauO NW)

2. Formelle Rechtmäßigkeit

- Sind die Verfahrensanforderungen des § 36 I 1 BauGB (Gelegenheit zur Stellungnahme, vgl. BVerwGE 22, 342 (345)) eingehalten ?
- Die Erteilung der Baugenehmigung trotz Verweigerung des Einvernehmens stellt nach h.M. (vgl. BVerwGE 22, 342 (345)) keinen formellen sondern einen materiellen Fehler dar.
- Beachte: Selbst wenn man entgegen der Rechtsprechung § 36 I 1 BauGB rein verfahrensrechtliche Bedeutung zuerkennt, würde wegen der Bedeutung der Vorschrift für die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie kein Fall der §§ 45 I Nr. 5, 46 VwVfG NW vorliegen.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Baugenehmigung ist rechtswidrig, wenn sie trotz Verweigerung des Einvernehmens erteilt worden ist; denn die Baugenehmigungsbehörde ist an die Verweigerung des Einvernehmens gebunden (Baugenehmigung als sog. mehrstufiger Verwaltungsakt (vgl. Maurer, § 9 Rn. 30) hinsichtlich dessen die Gemeinde sog. bestimmenden Einfluß hat (vgl. Badura, in: Erichsen (Hrs.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1999, § 37 II Rn. 2a)).

Nach h.M. ist unerheblich, daß die Gemeinde ihr Einvernehmen zu Unrecht (vgl. § 36 II 1 BauGB, der abschließend ist) verweigert hat (BVerwGE 22, 342; BVerwG, NVwZ 1986, S. 556 (557); VGH Kassel, NVwZ 1984, S. 738).

- Beachte: Auch das Gericht soll nach der Rechtsprechung (BVerwG, a.a.O.) das zu Unrecht versagte Einvernehmen nicht ersetzen dürfen. Dies wird damit begründet, daß sonst die gemeindliche Verfahrensposition leerliefe. Diese Ansicht ist sehr zweifelhaft, da der Bürger, dessen Baugenehmigung aufgehoben wurde, dann eine Verpflichtungsklage gegen die Bauaufsichtsbehörde erheben muß. In diesem Verfahren soll nach der Rechtsprechung das gemeindliche Einvernehmen indes durch das Gericht ersetzbar sein. Dann erlangt der Bürger erst nach jahrelangem Rechtsstreit die Baugenehmigung, die er bereits besessen hatte. Zwar stehen ihm Amtshaftungsansprüche gegen die Gemeinde aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG zu, doch würde es einen gerechteren Ausgleich der sich gegenüberstehenden Rechtspositionen aus Art. 28 II 1 GG einerseits und Art. 14, 19 IV GG darstellen, wenn die Verpflichtungs- und die Anfechtungskonstellation gleich behandelt würden.
- Beachte: Gemäß § 36 I 3 BauGB iVm § 2 BauGB DVO besteht nicht mehr die Möglichkeit, daß diejenige Behörde, die gegenüber der Gemeinde Rechtsaufsichtsbehörde wäre, das Einvernehmen ersetzt.

4. Rechtsverletzung

- Gegeben, da § 36 I 1 BauGB als Konkretisierung der Planungshoheit aus Art. 78 I, II Verf NW, Art. 28 II GG Rechtspositionen der Gemeinde schützt

F. Das Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO

I. Verhältnis zu anderen Klagen, die normbezogenen Rechtsschutz leisten

1. Allgemeines:

Da Streitgegenstand der Normenkontrolle anders als bei Klagebegehren, die auf die Behauptung der Verletzung subj. Rechte gestützt werden, besteht kein Konkurrenzverhältnis zwischen § 47 VwGO und anderen Klagearten (vgl. BVerwGE 80, 355 / 362; Eyermann - Schmidt, VwGO, 11. Aufl., 2000, § 47 Rn. 7).

2. Indirekt normenbezogene Klagen können sein:

a) Feststellungsklagen, die zwar ein konkretes Rechtsverhältnis betreffen, bei denen aber nur die Geltung einer Rechtsnorm als entscheidungserhebliche Vorfrage streitig ist (vgl. BVerwGE 25, 151/ 154 ff.; 26, 251/253)

b) allgemeine Leistungsklagen auf Normerlaß (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1995, 105) oder Normunterlassung

Anfechtungs-, Verpflichtungsklagen, bei denen es zwar unmittelbar um eine Baugenehmigung, d.h. einen VA geht, bei denen aber nur die Wirksamkeit einer Norm (Bsp.:Bebaungsplan) als Vorfrage problematisch ist.

II. Zulässigkeit

1. „Im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“ = Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Aus der sog. Bündelungsfunktion der Normenkontrolle (vgl. etwa Eyermann - Schmidt, § 47 Rn. 5) folgt, daß nicht auf die Rechtsnatur der Norm abzustellen, sondern danach zu fragen ist, ob für die aus der Anwendung der Norm entstehenden Einzelstreitigkeiten die Verwaltungsgerichte zuständig wären, (vgl. BVerwGE 81, 128, 137).

=> Keine Überprüfung von Straf- und Bußgeldvorschriften, vgl. §§ 13 GVG, 68 I OWiG (VGH Mannheim, NVwZ 1991, S. 1105/1106).

2. Zuständig ist OVG / VGH (vgl. § 184 VwGO)

3. Statthaftigkeit (Tauglicher Prüfungsgegenstand)

a) Baurechtliche Satzungen (§ 47 I Nr. 1 VwGO), z.B.

- Bebauungsplan, §§ 8 I, 10 I BauGB
- Vorhaben- und Erschließungsplan, § 12 BauGB n.F. (sog. vorhabenbezogener Bebauungsplan; vgl. Brohm, Öffentl. Baurecht, 2. Aufl., 1999, § 7 Rn. 23ff; Birk, NVwZ 1995, 625ff; Reidt, NVwZ 1996, 1ff)
- Veränderungssperre, §§ 14, 16 I BauGB
- Teilungsgenehmigungssatzung, § 19 I 1 BauGB

- Abgrenzungs- (§ 34 IV Nr.1), Entwicklungs- (§ 34 IV Nr.2) und Arrondierungssatzung (§ 34 IV BauGB)

beachte: Str., ob Abgrenzungssatzung nur deklaratorisch (so BVerwG, BauR 1990, 451; VGH Mannheim, VBIBW 1993, 379) oder konstitutiv (so VGH München, BayVBl. 1993, 573; Jeand'Heur, NVwZ 1995, 1174/1175 ff.)
 - Erschließungssatzung, § 132 BauGB
 - Sanierungssatzung, §§ 142, 162 II BauGB
 - Nicht der Flächennutzungsplan (§ 5 BauGB; vgl. BVerwG, DVBl. 1990, 1352); dieser stellt eine Rechtsnorm sui generis dar (vgl. § 8 BauGB: Selbstbindung der Gemeinde, vgl. §§ 7, 4 BauGB: Bindung anderer Planungsträger; über § 35 III 1 Nr. 1 BauGB nur mittelbare Außenwirkung für Bürger und Baugenehmigungsbehörde)
 - Örtliche Bauvorschriften i.S.d. § 86 BauO NW nur, soweit gemäß §§ 86 IV BauO NW; 9 IV BauGB in Bebauungsplan usw. aufgenommen
- b) Sonstige Rechtsnormen, falls durch Landesrecht (AGVwGO) bestimmt (§ 47 I Nr. 2 VwGO)
- in NRW (-), d.h. insbesondere ordnungsbehördliche Verordnungen sind nicht erfaßt. Das könnte wegen Art. 19 IV GG ein Problem darstellen. Doch garantiert diese Norm nicht eine spezielle Klageart. Für den Bürger besteht die Möglichkeit, verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz im Rahmen einer Inzidentprüfung (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1991, 54; Eyermann-Schmidt, Rn.3) zu erlangen. Soweit eine solche nicht gegeben ist, wird die Rechtsschutzlücke durch eine verfassungskonforme Handhabung der Feststellungsklage nach § 43 VwGO geschlossen, die aber nicht zur allgemeinverbindlichen Nichtigkeitserklärung der fehlerhaften Satzung führt (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., 2000, § 47 Rn. 9; s.o. I.2a)).
- c) Tatbestandliche Existenz der Satzung
- aa) Als Grundsatz gilt, daß die Satzung zumindest erlassen sein muß (vgl. BVerwG, NVwZ 1992, 1088ff). Ob die Vorschrift sofort oder erst später in Kraft tritt, ist unerheblich.
 - bb) Ausnahme bei planreifen Bebauungsplanentwürfen i.S.d. § 33 BauGB ?

1. A.: Auch planreife Bebauungsplanentwürfe i.S.d. § 33 BauGB sind überprüfbar (Jäde, BayVBl. 1985, 225; wohl auch OVG Schleswig, NVwZ 1994, 916).

- Aus § 33 BauGB kann sich ein Anspruch des Bürgers auf Erteilung einer Baugenehmigung ergeben, der planreife Bebauungsplanentwurf hat somit also bereits Außenwirkung.

2. A.: Planreife Bebauungsplanentwürfe i.S.d. § 33 BauGB sind nicht überprüfbar. (h.M.; zuletzt OVG Bautzen, BauR 1998, 51ff)

- Im laufenden Verfahren können sich noch vielfältige Änderungen ergeben, weshalb eine vorbeugende Normenkontrolle nicht gerechtfertigt ist.
- Die Gegenansicht gestattet es den Gerichten, in ein laufendes Normsetzungsverfahren einzugreifen, was dem Grundsatz der Gewaltenteilung widerspricht.

cc) Überprüfbarkeit bereits aufgehobener Vorschriften (str.)

- Die Normenkontrolle bleibt nach h.M. jedenfalls dann statthaft, wenn von der Rechtsnorm noch Wirkungen ausgehen (BVerwGE 56, 172). Nach BVerwGE 68, 12 / 14 kann der Antrag auch auf die Feststellung gerichtet sein, „daß eine während der Anhängigkeit des NK - Antrags außer Kraft getretene Norm ungültig war (sog. Fortsetzungsfeststellungsantrag)“.

4. Antragsbefugnis, § 47 II VwGO

a) Jede natürliche oder juristische Person

(1) bis 31.12.1996: Nachteil

- (a) Feststellungsinteresse (§ 43 I VwGO) < Nachteil (§ 47 II VwGO) < subjektives Recht (§ 42 II VwGO)
- (b) Aber: tendenzielle Annäherung an § 42 II VwGO (vgl. zusammenfassend Dürr, NVwZ 1996, 105 ff.; insoweit unzutreffend OVG Münster, NVwZ 1997, 694 (695))
- (c) Speziell für Bebauungsplan: Anknüpfung an §§ 1 V, VI, 1 a BauGB.

(2) Seit 1.1.1997: subjektives Recht

- Fraglich ist, ob angesichts des nach Maßgabe der Rechtsprechung des BVerwG kaum noch wahrnehmbaren Unterschieds zwischen § 47 II 1 VwGO a.F. und § 42 II VwGO durch die Novellierung eine Änderung in der Sache eingetreten ist. Das OVG Münster meint das annehmen zu müssen, da es ein subjektives Recht auf gerechte Abwägung gemäß § 1 V, VI BauGB nicht gebe (vgl. NVwZ 1997, 694 (695); 1002). Daher soll ein nach § 47 II 1 VwGO a.F. noch antragsbefugter (lediglich) obligatorischer Berechtigter (Mieter, Pächter) nunmehr nicht mehr antragsbefugt sein (vgl. OVG Münster, NWVBl. 1998, 22). Diese Rechtsprechung, die zum einen die Rechtsprechung des BVerwG zur alten Rechtslage nur unzureichend, weil selektiv verarbeitet und zudem die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Parallelproblem im Fachplanungsrecht souverän ignoriert, ist mit dem VGH Mannheim (vgl. DVBl. 1998, S. 236 f.) und dem BVerwG (DVBl. 1999, 100/102; NVwZ 2000, 806f.) abzulehnen. (Zum subj. Recht

auf Abwägung i.ü. Dürr/Middeke, Baurecht NW, 2. Aufl., 1999, Rn. 344; vertiefend Sauthoff, BauR 1997, 721/725ff)

Damit dürften obligatorisch Berechtigte weiterhin antragsbefugt sein (Parallele zum Planfeststellungsrecht (vgl. BVerwG, NVwZ 1998, 504f) vertiefend dazu Sauthoff, BauR 2000, 195 ff.).

- Konkretisierung dieses Grundansatzes hinsichtlich
 - von Verkehrsimmissionen die durch Erweiterung eines Wohngebiets für ein Wohngrundstück zu erwarten sind (vgl. BVerwG, NVwZ 2000, 187)
 - die Lärmschutzbelange eines Mieters (vgl. BVerwG, NVwZ 2000, 807)
 - die betrieblichen Belange eines landwirtschaftlichen Pächters (vgl. BVerwG, NVwZ 2000, 806)
 - von Lärm- und Staubimmissionen einer Baustelleneinrichtung (Baurologistikzentrum Potsdamer Platz, Berlin vgl. BVerwG, BauR 1999, 878)

(3) Anwendbarkeit auf sog. Altfälle (str.)

1. A.: - § 47 II n.F. anwendbar, da Gesetzgeber in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des sog. intertemporalen Prozeßrechts (Art. 1 Nr. 2a, 10 IV 11 des 6. VwGO ÄndG - BGBl. I, 1626) in Übergangsvorschriften nichts anderes bestimmt hat (OVG Münster, NVwZ 1997, 694/695; Eyermann-Schmidt, § 47 Rn. 43)
2. A.: - § 47 II n.F. gilt nicht für Altfälle, da Vertrauensschutz nicht auf Rechtsmittel i.e.S. beschränkt und i.ü. unerheblich ist, daß NK nicht (primär) dem Schutz subj. Rechte dient; denn der Vertrauensschutz ist abzuleiten aus Art. 20 III GG; entscheidend ist somit, ob die Verfahrensbestimmung lediglich der „modalen Ausgestaltung“ des Verfahrens dient oder den bisherigen „Anspruch“ auf Sachentscheidung entzieht.

beachte: Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalles nicht antragsbefugt (BVerwG, NVwZ 1998, 770)

- b) Behörde, die die Norm bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beachten hat
- Damit ist nicht die Behörde gemeint, die die Norm erlassen hat, denn diese hat ja einfachere Möglichkeiten, z.B. Aufhebung der Satzung (teleologische Reduktion der Vorschrift).

Exkurs: Die Aufhebung von Bauleitplänen durch die Gemeinde

Gemäß § 2 IV BauGB gelten die für die Aufstellung relevanten Vorschriften. Ein Bauleitplan kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent durch Aufstellung eines neuen Plans aufgehoben werden. Auch nichtige Bebauungspläne sind förmlich aufzuheben, da sie einen Rechtsschein entfalten, der beseitigt werden muß. Die Aufhebung einzelner Festsetzungen des Bebauungsplanes kann durch Gewohnheitsrecht erfolgen, wenn hiervon in bestimmter Hinsicht immer wieder Ausnahmen zugelassen worden sind. Einzelne Festsetzungen des Bebauungsplanes können unter folgenden Voraussetzungen dadurch außer Kraft treten, daß sie funktionslos werden: 1. Die Verhältnisse in dem beplanten Gebiet müssen sich so sehr verändert haben, daß eine Verwirklichung der Festsetzung auf nicht absehbare Zeit ausgeschlossen ist. 2. Dies muß so offenkundig sein, daß der Bürger in die Festsetzung kein schutzwürdiges Vertrauen mehr setzen kann. (vgl. grundlegend BVerwGE 54, 5) Sind einzelne Festsetzungen unwirksam, so gilt § 139 BGB sinngemäß. Im Rahmen des § 215 a BauGB kann die Gemeinde fehlerhafte Bebauungspläne heilen. Ist dies nicht möglich, muß sie den Plan aufheben. Ein Verwerfungsrecht steht der Gemeinde nicht zu, dieses ist ausschließlich den Gerichten zugewiesen.

5. Rechtsschutzbedürfnis

a) Die Möglichkeit der Inzidentkontrolle schließt das Rechtsschutzbedürfnis nicht aus (vgl. oben I, vgl. i.ü. OVG Berlin, NVwZ 1982, 447; Eyermann-Schmidt, aaO, § 47 Rn. 76).

b) Das Rechtsschutzbedürfnis (dazu jüngst OVG Münster, NVwZ-RR 1999, 807f.; VGH München, NVwZ-RR 2000, 416f) fehlt ausnahmsweise, wenn eine stattgebende Normenkontrollentscheidung den geltend gemachten Nachteil nicht beseitigen kann, vgl. §§ 47 V 3, 183 VwGO (BVerwGE 78, 85 / 91ff). Dies ist dann der Fall, wenn Bebauung bereits verwirklicht (BVerwGE 78, 85); anders dann, wenn Baugenehmigung zwar bereits bestandskräftig, das Vorhaben aber noch nicht verwirklicht ist (vgl. BVerwG, NVwZ 1992, 34). Wenn nur ein Teil der im Plangebiet zulässigen Vorhaben unanfechtbar genehmigt und verwirklicht worden ist, braucht das Rechtsschutzinteresse nicht entfallen sein (vgl. BVerwG, ZfBR 2000, 53)

beachte: NK - Antrag mangels Rechtsschutzinteresses und Antragsbefugnis unzulässig, wenn Satzung nur eine sich unmittelbar aus einer Gesetzesbestimmung ergebende Rechtsfolge inhaltsgleich wiederholt (VGH Mannheim, NVwZ 1998, 693).

c) § 47 III VwGO (zur umstrittenen dogmatischen Einordnung vgl. Hufen, VerwProzR, 4. Aufl., 2000, § 19 Rn. 9)

- Da in NRW der Bürger keine abstrakte Normenkontrolle vor dem VerfGH NW in Gang bringen kann, ist im Rahmen des § 47 VwGO auch Landesverfassungsrecht als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Selbst wenn sich der Antragsteller also ausschließlich auf Landesverfassungsrecht beruft, fehlt bei ihm das Rechtsschutzbedürfnis nicht.

6. Antragsfrist (§ 47 II 1 VwGO)
 - Durch diese Frist wird den Verwaltungsgerichten nicht die Kompetenz zur Inzidentverwerfung genommen (Art. 19 IV GG ! ; vgl. etwa Lotz, BayVBl. 1997, 257/259; Dürr/Midekke, aaO, Rn. 347; a.A. Eyermann-Schmidt, aaO § 47 Rn. 74). Die Streitigkeiten werden sich mithin nur verlagern, der Sinn der Normenkontrolle (Bündelungsfunktion) wird konterkariert.

III. Beiladung (§ 65 VwGO)

- § 65 VwGO wird von der Spezialnorm des § 47 II 3 VwGO verdrängt (ganz h.M., vgl. etwa BVerwGE 65, 131; NVwZ 1999, 987; a.A. Hufen, aaO, § 19 Rn. 12 und jetzt auch BverfG, BauR 2000, 1720).

IV. Begründetheit

1. Ermächtigungsgrundlage
 - §§ 1 III, 2 I 1, 10 BauGB
2. Formelle Rechtmäßigkeit
 - a) Zuständigkeit der Gemeinde (§ 2 I 1 BauGB)
 - Weisungsfreiheit (sog. Pflichtaufgabe ohne Weisung gem. § 3 I GO NW) als Ausdruck kommunaler Planungshoheit, Art. 28 II GG, Art. 78 I, II Verf NW; allerdings ist str., ob und inwieweit die Planungshoheit zum unentziehbaren „Kernbereich“ der Selbstverwaltungsgarantie zählt (vgl. Brohm, aaO, § 9 Rn. 4 m.w.N.)
 - b) Verfahren (zusammenfassend Krebs, in: Schmidt-Aßmann, Bes. VerwR, 11. Aufl., 1999, Rn. 108ff)
 - aa) Aufstellungsbeschluß, § 2 I 2 BauGB
 - (1) Zuständiges Organ
 - Die Gemeinde hat die Möglichkeit, die Beschlußfassung auf andere Stellen als den Gemeinderat zu übertragen. Es gilt Landesrecht. § 41 GO NW trifft insoweit keine eindeutige Regelung.
 - (2) Ortsübliche Bekanntmachung
 - Diese erfolgt durch den Bürgermeister, da es sich um einen reinen Vollzugsakt handelt (§ 62 II GO NW).

- (3) Ist der Aufstellungsbeschluß eine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Bebauungsplan ?
- Da der Beschluß nicht zwingend vorgeschrieben ist, ferner nachgeholt werden kann und jedenfalls im Auslegungsbeschluß gem. § 3 II BauGB enthalten ist, ist er keine Voraussetzung für die Wirksamkeit des Bebauungsplanes (vgl. BVerwGE 79, 200/206f; a.A. OVG Koblenz, NVwZ 1982, 124).
 - Aber: anders im Rahmen der §§ 14, 15, 33 BauGB, die einen wirksamen Aufstellungsbeschluß voraussetzen
- bb) Ausarbeitung des Plans durch Architekten
- cc) Vorgezogene Bürgerbeteiligung (§ 3 I BauGB)
- Erfolgt durch die öffentliche Unterrichtung der Bürger und deren Anhörung.
 - Von der Unterrichtung und Erörterung kann gemäß §§ 3 I 2, 13 I Nr. 1 BauGB n.F. abgesehen werden.
- dd) Beteiligung der Träger öffentlicher Belange (§ 4 BauGB)

Die Beteiligung der Träger öffentlicher Belange (§ 4 BauGB)

I. Funktion

- Die Beteiligung soll der Gemeinde alle zur Abwägung notwendigen Informationen liefern.

II. Inhalt

- Bei der Beteiligung der Träger öffentlicher Belange nach § 4 BauGB steht nunmehr der Grundsatz im Vordergrund, daß die Stellungnahmen in der Regel innerhalb von einem Monat geltend zu machen sind und nicht rechtzeitig vorgetragene Belange in der Abwägung nicht zu berücksichtigen sind, es sei denn, die verspätet vorgebrachten Belange sind der Gemeinde bekannt oder hätten ihr bekannt sein müssen oder sind für die Rechtmäßigkeit der Abwägung von Bedeutung (§ 4 III BauGB). Auch hier hat der Gesetzgeber vor einer materiellen Präklusion, wie sie früher im BauGBMaßnG enthalten war, zurückgeschreckt, wohl vor allem deshalb, weil die Träger öffentlicher Belange - abgesehen von Nachbargemeinden - in der Regel keine eigenen Klagemöglichkeiten haben und daher eine materielle Präklusionsregelung leerlaufen würde. Zudem erscheint eine Präklusion öffentlicher Belange bei nicht rechtzeitigem Vortrag durch eine Behörde auch nicht unproblematisch.
- § 4 II 2 BauGB gibt den Trägern öffentlicher Belange die Mahnung mit auf den Weg, sich auf ihre Aufgabenbereiche zu beschränken und sich nicht zum Interessenvertreter von Belangen aufzuschwingen, die nicht in ihrem Verantwortungsbereich liegen.

- ee) Billigungs- und Auslegungsbeschluß der Gemeindevertretung (arg. e § 3 II BauGB)
- ff) Auslegung des Entwurfs für die Dauer eines Monats und Prüfung von Anregungen und Bedenken (§ 3 II, III BauGB)
 - (1) Funktion der Bürgerbeteiligung
 - Möglichkeit der Gemeinde, sich über die Wünsche der Bürger zu informieren.
 - Möglichkeit der Bürger zur Einflußnahme
 - Rechtsschutzfunktion zugunsten des Bürgers, da das Beteiligungsverfahren subjektiv-rechtliche Wirkung entfaltet und grundrechtsschützend wirkt
 - (2) Bekanntmachung der Auslegung
 - Die Bekanntmachung muß mindestens eine Woche vor der Auslegung erfolgen.
 - Sie muß so konkret sein, daß der Bürger erkennen kann, ob die Auslegung für ihn interessant ist („Anstoßfunktion“).
 - (3) Dauer und Form der Auslegung
 - Für die Berechnung der Monatsfrist gelten die §§ 187 ff. BGB entsprechend.
 - Eine auf wenige Stunden am Tag beschränkte Auslegung genügt grundsätzlich nicht. Ausnahmsweise genügt dies doch, wenn die Stunden so bemessen sind, daß die Einsichtsmöglichkeit nicht unzumutbar beschränkt wird. Die Unterlagen müssen am bezeichneten Ort vollständig sichtbar, griffbereit und als zusammengehörig erkennbar der Öffentlichkeit zugänglich sein (Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand Mai 2001, Bd. 1, § 3 Rn 34).
- gg) Satzungsbeschluß durch den Rat (§§ 10 BauGB, 41 I 2 lit. f. GO NW)
 - Bei Änderungen in diesem Stadium muß grundsätzlich das gesamte Verfahren wiederholt werden und den betroffenen Grundstückseigentümern Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden (vgl. § 3 III BauGB). Dann ist aber folgendes zu beachten:
 - Verkürzung der Offenlegungsfrist auf zwei Wochen im Fall des § 3 III 2 BauGB bei erneuter Auslegung nach Änderungen bzw. Ergänzungen
 - Entsprechende Anwendung des vereinfachten Verfahrens nach § 13 Nr. 2 BauGB, wenn durch die Änderungen oder Ergänzungen die Grundzüge der Planung nicht berührt werden.

beachte: Möglichkeit der Verfahrensprivatisierung durch einen Projektmittler nach § 4 b BauGB (vgl. Reidt, NVwZ 1998, 504)

- hh) Anzeige oder ggf. Genehmigung des Bebauungsplanes (§ 10 II, III BauGB)
- (1) Die Anzeige- und Genehmigungspflicht nach der Novellierung des BauGB

Die Anzeige- und Genehmigungspflicht nach der Novellierung des BauGB

Das Anzeigeverfahren (§ 11 BauGB a.F.) ist vom Grundsatz her gestrichen worden. Nur Bebauungspläne, die nicht aus dem Flächennutzungsplan entwickelt sind (vgl. § 8 II BauGB), bedürfen einer Genehmigung. Im übrigen sind sie grundsätzlich genehmigungs- und anzeigefrei (§ 10 II BauGB). Allerdings können die Länder nach § 246 I a BauGB bestimmen, daß aus dem Flächennutzungsplan entwickelte Bebauungspläne und Innenbereichssatzungen vor ihrem Inkrafttreten der höheren Verwaltungsbehörde anzuzeigen sind, die innerhalb von zwei Monaten zu reagieren hat. Mit dieser Neuregelung soll ein Beitrag zur Verfahrensvereinfachung geleistet werden.

- (2) §§ 6, 10 II, III BauGB sind *leges speciales* zu §§ 116 ff. GO NW (Kommunalaufsicht)

beachte: Genehmigungsbedürftigkeit des B-Plans als Mittel präventiver Aufsicht, §§ 116ff GO NW dagegen Normen repressiver Aufsicht

- (3) Anzeigeverfahren

- Bebauungspläne sind nach der Novellierung der höheren Verwaltungsbehörde grds. nur anzuzeigen, wenn dies landesgesetzlich vorgeschrieben ist.
- Höhere Verwaltungsbehörde ist gem. §§ 10 II, 203 III BauGB i.V.m. § 1 BauGB DVO die Bezirksregierung

- (4) Genehmigungsverfahren

- Genehmigungspflicht ergibt sich aus § 10 II 1 BauGB
- Es ist eine rechtsaufsichtliche Kontrolle durch die Bezirksregierung durchzuführen (§ 10 II 2 i.V.m. § 6 II BauGB).
- Aus § 216 BauGB ergibt sich, daß auch Fehler, die gemäß §§ 214, 215 BauGB nicht zur Nichtigkeit führen, von der Rechtsaufsicht beanstandet werden können.

- Die Genehmigung bzw. deren Versagung stellt einen VA dar und kann somit von der Gemeinde selbständig eingeklagt werden.
- § 10 II 2 i.V.m. § 6 IV 4 BauGB normiert eine Genehmigungsfiktion nach Ablauf von drei Monaten.

ii) Inkraftsetzung (§ 10 III BauGB)

- Erteilung der Genehmigung bzw., soweit eine Genehmigung nicht erforderlich ist, der Beschluß des Bebauungsplans sind ortsüblich bekanntzumachen, § 10 III 1 BauGB n.F. Mit der Bekanntmachung tritt der Bebauungsplan in Kraft (§ 10 III 3 BauGB n.F.)

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Ausgangspunkt: Planungsermessen, Grenzen des Ermessens (vgl. § 40 VwVfG)

a) Planungsbefugnis und -pflicht, § 1 III BauGB

- § 1 III BauGB normiert ein Gebot erforderlicher und ein Verbot nicht erforderlicher Bauleitplanung („Planmäßigkeitprinzip“). Das Merkmal der „Erforderlichkeit“ eröffnet für die Gemeinde nach der Rspr. der Sache nach einen Beurteilungsspielraum (vgl. BVerwGE 71, 166/168; vgl. zum seltenen Fall eines Verstoßes VGH Mannheim, VBIBW 1999, 136), der seine Grenze dort findet, wo ohne Plan ein städtebaulicher Mißstand zu befürchten und die geordnete Entwicklung des Gemeindegebiets nicht gewährleistet wäre.
- Aus § 1 III BauGB ergibt sich kein subjektives öffentliches Recht auf Bauleitplanung (vgl. § 2 III BauGB); entsprechende verwaltungsrechtl. Verträge wären nach h.M. gem. §§ 59 I VwVfG, 134 BGB nichtig (vgl. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl., 1998, § 54 Rn. 141).

b) Ermessensgrenzen

aa) Entwicklungsgebot des § 8 II BauGB

- Es ist ein zweistufiges System der Bauleitplanung vorgesehen (vgl. auch § 1 II BauGB). Mit dem Entwicklungsgebot des § 8 II 1 BauGB ist eine systematische Planung beabsichtigt.
- Es besteht aber auch die Möglichkeit, daß der Bebauungsplan und der Flächennutzungsplan gleichzeitig aufgestellt, geändert oder aufgehoben werden, § 8 III 1 BauGB (sog. Parallelverfahren).
- Ausnahme: Vorzeitiger Bebauungsplan gemäß § 8 IV 1 BauGB

bb) Nur Festsetzungen des § 9 BauGB i.V.m. der BauNVO

- Abschließende Aufzählung (vgl. OVG Münster, NWVBl. 1999, 20ff)

beachte: anders beim sog. vorhabenbezogenen Bebauungsplan (vgl. § 12 III 1 BauGB)

- Die Festsetzungen im Bebauungsplan müssen so konkret, verständlich und bestimmt sein, daß die zugelassene Nutzung für den Kreis der vom Bebauungsplan betroffenen Grundstückseigentümer erkennbar und bezüglich der ausgehenden Emissionen vorhersehbar ist (Grundsatz der Planklarheit und -bestimmtheit).
- cc) Verhältnis zu anderen Planungen
- Gemäß § 1 IV BauGB kann der gemeindlichen Planung ein Rahmen gesetzt werden, der sich aus überörtlichen Gesichtspunkten ergibt, insb. § 2 ROG (sog. Anpassungspflicht). Als Ausgleich können die Gemeinden hierauf Einfluß nehmen, vgl. § 7 V i.V.m. § 3 Nr. 5 ROG.
 - Gem. § 38 S. 1 BauGB verdrängen bestimmte Fachplanungen die gemeindliche Planungshoheit (z.B. BFStrG). Als Ausgleich haben die Gemeinden hier ein Beteiligungsrecht an der Fachplanung (z.B. § 17 I 3 BFStrG). Die Fachplanungsträger wiederum sind gemäß §§ 4, 7 BauGB bei der Aufstellung der Bauleitpläne zu beteiligen.
 - sog. interkommunales Abstimmungsgebot (§ 2 II BauGB) als Ausdruck kompetentieller Rücksichtnahme (vgl. Dürr/Middeke, aaO, Rn. 22; OVG Frankfurt/Oder, NVwZ-RR 1998, 484)
- dd) Verletzung des sog. Abwägungsgebots
- (1) Abwägungsgebot des § 1 VI BauGB

Das Abwägungsgebot des § 1 VI BauGB (vertiefend Stürer, in: Hoppenberg (Hrsg.), Handbuch des Öffentlichen Baurechts, 3. Aufl. 1996, Rn. 623ff)

I. Grundsatz

- Das Gebot fehlerfreier Abwägung ist Element des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips (vgl. BVerwGE 34, 301ff; vertiefend Ibler, JuS 1990, 7ff) . Es bezieht sich sowohl auf den Planungsvorgang als auch auf das Ergebnis, muß sich also im endgültigen Bebauungsplan niederschlagen.

II. Abzuwägen sind:

1. Öffentliche Belange untereinander
2. Öffentliche und private Belange
3. Private Belange untereinander

III. Kontrolle des Abwägungsgebots anhand der Abwägungsfehlerlehre

1. Zusammenfassung in BVerwGE 34, 301/309: Das Gebot (gerechter) Abwägung ist verletzt, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattfindet, oder wenn an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge eingestellt werden muß, oder wenn die Bedeutung der einzelnen Belange verkannt wird, oder wenn der Ausgleich zwischen den Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zu dem objektiven Gewicht außer Verhältnis steht.

2. Mögliche Abwägungsfehler
 - a) Abwägungsausfall
 - Eine Abwägung muß überhaupt stattfinden.

 - b) Abwägungsdefizit
 - Alle einschlägigen Belange müssen in die Abwägung eingestellt werden.

 - c) Abwägungsfehleinschätzung
 - Die Bedeutung und das Gewicht der einzelnen abwägungserheblichen öffentlichen und privaten Belange darf nicht verkannt werden.

 - d) Abwägungsdisproportionalität
 - Der Ausgleich zwischen den entscheidungserheblichen Belangen darf im Konfliktfall nicht in einer Weise vorgenommen werden, die zur objektiven Wichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht.

3. In die Abwägung einzustellende Belange sind:
 - a) Alle spezifischen Belange i.S.d. § 1 V BauGB

 - b) Umweltschützende Belange i.S.d. § 1 a BauGB n.F. (vgl. auch § 8 a BNatSchG)
 - Die umweltschützenden Belange des § 1 a II BauGB n.F. haben in der Bauleitplanung keinen absoluten oder relativen Vorrang, sondern sind abwägungsdirigiert in dem Sinne, daß sie aus der Sicht der planenden Gemeinde durch andere überwiegende Belange überwunden werden können.

 - Für die Integration der umweltschützenden Belange verweist § 1 a III BauGB n.F. auf ein Bündel verschiedener städtebaurechtlicher Instrumente, die von Darstellungen im Flächennutzungsplan über Festsetzungen im Bebauungsplan bis hin zu städtebaulichen Verträgen reichen. Erleichterungen werden der Praxis vor allem auch dadurch angeboten, daß der Ausgleich auch an anderer Stelle als am Ort des Eingriffs erfolgen kann und die Gemeinde durch vorgezogene Maßnahmen bereits einen Ausgleich für Eingriffe vorwegnehmen kann,

die erst später anstehen. Dadurch können naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen zeitlich und räumlich entzerrt sowie instrumentell auf eine neue Grundlage gestellt werden.

- c) Alle weiteren öffentlichen Interessen, die mit städtebaulicher Entwicklung zusammenhängen; Bsp. Denkmalschutz (vgl. Schladebach, BauR 2000, 314ff)
 - d) Alle privaten Belange, die von einem Plan mit gewisser Wahrscheinlichkeit nicht nur geringfügig betroffen werden (weit gefaßt)
4. Einzelne zu berücksichtigende Gebote sind (vgl. Dürr/Middeke, Rn. 43ff):
- a) Grundsatz der räumlichen Trennung
 - Es muß bei der Planung auf Emissionen und Immissionen geachtet werden, vgl. § 50 BImSchG.
 - b) Gebot der Rücksichtnahme
 - Es hat seine Wurzeln im verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip. Ihm kommt insbesondere dann Bedeutung zu, wenn das Gebot der räumlichen Trennung nicht strikt eingehalten werden kann.
 - c) Gebot der Konfliktbewältigung
 - Die Gemeinde darf nicht Probleme, die sich bei der Aufstellung des Bebauungsplans geradezu aufdrängen, dahingestellt sein lassen. Interessenkonflikte dürfen nicht unbewältigt bleiben oder auf dem Weg des geringsten Widerstandes zu Last einer Seite gelöst werden.
 - Gemäß § 15 BauNVO können einzelne Konflikte im Einzelfall gelöst werden.
 - d) Gebot der planerischen Zurückhaltung
 - Kann bei der Erteilung von Baugenehmigungen noch bestimmten Gesichtspunkten Rechnung getragen werden, ist es nicht erforderlich, diese schon im Bebauungsplan zu regeln.
 - e) Grundsätzliches Verbot der Vorwegbindung
 - Der Abwägungsvorgang würde sonst sachwidrig verkürzt werden.
 - Aber: Auch hier ist die Möglichkeit der Bindung durch Verwaltungsverträge zu beachten.
-
- c) Vereinbarkeit des Bauleitplanes mit sonstigen höherrangigen Rechtsvorschriften
 - Insbesondere: BauNVO, BNatSchG, BImSchG

4. Fehlerfolgen bei Bebauungsplänen gem. §§ 214, 215, 215 a BauGB

Fehlerfolgen bei Bebauungsplänen gem. §§ 214, 215, 215 a BauGB
„Grundsatz der „Planerhaltung“ (vgl. Überschrift vor §§ 214ff BauGB -
grundlegend Hoppe, in: FS f. Schlichter 1995; krit. Bartlsperger, DVBl. 1996, 1ff)

I. Allgemeines

- Die §§ 214, 215, 215 a BauGB stellen Ausnahmen vom sog. Nichtigkeitsdogma dar und sind Ausprägung des Grundsatzes der Planerhaltung.

II. Fehler (zeitlich unbegrenzt) beachtlich

1. Fälle des § 214 I Nr. 3 BauGB
 - Verfahrens- und Formvorschriften
2. Fälle materieller Rechtsverstöße, die nicht von §§ 214, 215 BauGB erfaßt sind

III. Fehler bei fristgerechter Rüge beachtlich

1. Abwägungsmangel (§ 215 I Nr. 2 BauGB)
 - Frist: 7 Jahre
2. Fälle des § 214 I Nr. 1, 2 BauGB (§ 215 I Nr. 1 BauGB)
 - Frist: 1 Jahr

IV. Fehler unbeachtlich

1. Fälle der Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften des BauGB, die in § 214 I BauGB nicht genannt sind
2. Fälle der §§ 214 I Nr. 1 HS. 2, Nr. 2 HS. 2 BauGB
3. Fälle des § 214 II BauGB (Verstoß gegen § 8 II - IV BauGB)
4. Fehler beim Abwägungsvorgang (§ 214 III 2 BauGB), wenn sie
 - nicht offensichtlich sind oder
 - sich auf das Abwägungsergebnis nicht auswirken

V. § 215 a BauGB

1. § 215 a I BauGB
 - Mängel der Satzung, die nicht nach den §§ 214 und 215 BauGB unbeachtlich sind und die durch ein ergänzendes Verfahren behoben werden können, führen

nicht zur Nichtigkeit. Die Anwendbarkeit dieser Norm setzt voraus, daß die konkrete Möglichkeit der Fehlerbehebung in einem ergänzenden Verfahren besteht, d.h., daß der Mangel nicht die Grundzüge der Planung berührt (vgl. BVerwG, BauR 1999, 359ff; 361f in Anknüpfung an BVerwGE 100, 270 zu § 17 IV FStrG). Bis zur Behebung der Mängel entfaltet die Satzung keine Rechtswirkungen. Nach Ansicht des BVerwG ist § 215 a I BauGB auch anwendbar bei landesrechtlichen Verfahrensfehlern (vgl. NVwZ 2000, 676/677). Teile des Schrifttums sind dagegen der Ansicht, daß es allein die Sache der Länder sei, Sanktionen für die Verletzung von Landesrecht zu normieren (vgl. etwa Schmaltz, in: Schrödter(Hrsg.), BauGB, 6. Aufl. 1998, § 215 a Rd. 4)

2. § 215 a II BauGB

- Bei Verletzung der in § 214 I BauGB bezeichneten Vorschriften oder sonstiger Verfahrens- oder Formfehler nach Landesrecht können der Flächennutzungsplan oder die Satzung auch mit Rückwirkung erneut in Kraft gesetzt werden.

4. Rechtsverletzung

Das Normenkontrollverfahren des § 47 VwGO ist ein objektives Beanstandungsverfahren. Einer Rechtsverletzung des Antragstellers bedarf es daher nicht.

V. Entscheidung des Gerichts

1. Grundsätzlich erklärt das Gericht den gesamten Bebauungsplan für nichtig.
2. Ausnahmsweise liegt nur Teilnichtigkeit vor, wenn
 - a) der Rechtsverstoß sich auf einen räumlich und sachlich abtrennbaren Teil des Planes bezieht und
 - b) anzunehmen ist, daß die Gemeinde den Plan auch ohne den entsprechenden Teil beschlossen hätte.
3. Gemäß § 47 V 4 VwGO erklärt das OVG die Satzung oder Rechtsverordnung bis zur Behebung der Mängel für nicht wirksam, wenn festgestellte Mängel einer Satzung oder einer Rechtsverordnung, die nach den Vorschriften des BauGB erlassen worden sind, durch ein ergänzendes Verfahren i.S.d. § 215 a BauGB behoben werden können. Das ist dann der Fall, wenn die Mängel nicht das „Grundgerüst“ der Abwägung betreffen (BVerwG, BauR 1999, 361; OVG Lüneburg, BauR 2000, 523/526).
4. Gem. § 47 V VwGO hat das Gericht zwar ein sog. Verfahrensermessen, zwischen einer Entscheidung durch Urteil oder Beschluß zu wählen; wegen Art. 6 I EMRK ist aber mündlich zu verhandeln und daher durch Urteil zu entscheiden (BVerwG, BauR 2000, 679).
5. Zum Umfang der Rechtskraft
 - a) inter partes bei Abweisung des Antrags

b) erga omnes bei Nichtigerklärung der Norm (vgl. dazu BVerwG, BauR 2000, 690/692)

G. Einstweiliger Rechtsschutz im Baurecht

I. §§ 80, 80 a VwGO

1. Verhältnis zu § 123 I VwGO

⇒ gem. § 123 V VwGO Vorrang der §§ 80, 80 a VwGO, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage statthaft ist

2. Systematik des § 80 a VwGO (VA mit Doppelwirkung)

a) VA begünstigt Adressaten (§ 80 a I VwGO)

aa) Nachbarrechtsbehelf hat aufschiebende Wirkung (§ 80 a I Ziff. 1 VwGO)

- behördlicher einstweiliger Rechtsschutz (§ 80 a I Ziff. 1 VwGO) durch Anordnung der sofortigen Vollziehung.
- gerichtlicher einstweiliger Rechtsschutz (§ 80a III iVm § 80a I VwGO)

beachte: - wegen § 212a BauGB (iVm § 80 II 1 Nr. 3 VwGO) nur noch praktisch für Bauvorbescheid, falls man diese Vorschrift für insoweit unanwendbar hält (so Finkelnburg/Orloff, Bd. II, S. 271; Redeker, NVwZ 1998, 589f; VGH München, NVwZ 1999, 1363; a. A. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1999, 708f)

- Vollstreckung eines Beschlusses nach § 80a III VwGO (str.)

1. A.: § 172 VwGO analog (OVG Münster, NVwZ 1993,383; Pietzner, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 172 VwGO, Rn. 17.)

2.A.: § 168 I Nr. 1 VwGO (Eyermann-Schmidt, §168, Rn. 13; OVG Münster, NVwZ 1987, 369)

bb) Nachbarrechtsbehelf hat keine aufschiebende Wirkung (§ 80a I Ziff. 2 VwGO)

- streitig, ob § 212a BauGB auf sog. Altfälle anwendbar ist (Problematik des sog. intertemporalen Prozeßrechts)

1.A.: (VGH München, DÖV 1999, 307 mwN; Decker, BauR 1998, 926f) (-)

2.A.: (OVG Münster, NVwZ 1998, 759; VGH Mannheim, BauR 1998,1995)(+)

Ansatz: Auslegung der Übergangsvorschriften

- § 233 I 1 BauGB ist weder direkt noch analog anwendbar (allg. M., vgl. VGH München, aaO.)
 - § 243 I BauGB anwendbar (Decker, BauR 1998, 862/863)
 - eine (nach früherem Recht eingeräumte) Verfahrensposition ist Schutzwürdigkeit einer vergleichbar hinsichtlich ihrer materiellen Position
- ⇒ i. E. wohl 1. Ansicht vorzugswürdig
- Reichweite der dem Gericht gem. § 80a III 1 VwGO zustehenden Befugnisse (str.)
 - Rechtsschutzinteresse für gerichtliche Sicherungsmaßnahmen problematisch, da Bauherr verpflichtet sei, den (gerichtl. hergestellten) Suspensiveffekt zu beachten und Bauaufsichtsbehörde insoweit von Amts wegen kontrollieren müsse (so VGH Kassel, NVwZ-RR 1996, 309; OVG Weimar, ThürVBl. 1997,20; a.A. VGH Mannheim, BRS 57 Nr. 242)
 - problematisch, ob Adressat der Sicherungsmaßnahme auch der Bauherr sein kann, der nicht Antragsgegner, sondern nur. gem. § 65 I 1 VwGO Beigeladener ist (dafür OVG Bautzen, BRS 56 Nr.153; a.A. Finkelnburg/Ortloff, Bd. II, S. 290)

b) VA belastet Adressaten (§ 80a II VwGO)

aa) Rechtsbehelf des Adressaten hat aufschiebende Wirkung (§ 80a II VwGO)

bb) Rechtsbehelf des Adressaten hat keine aufschiebende Wirkung (§ 80a III 2 iVm § 80 V VwGO)

3. Zulässigkeit gerichtlichen Rechtsschutzes

Problem: Verweisung des § 80a III 2 VwGO („Fehlleistung des Gesetzgebers“- so Eyermann-Schmidt, aaO., § 80a Rn. 19)

1.A.: Rechtsfolgenverweisung auf § 80 VI VwGO (OVG Münster, NVwZ 1993, 592; OVG Koblenz, NVwZ 1994, 1015; OVG Weimar, ThürVBl. 1995, 64/65)

- arg.: Wortlaut

2.A.: Rechtsgrund(d.h. Tatbestands-)verweisung (VGH Mannheim, NVwZ 1995, 292/293; OVG Bremen, NVwZ 1993, 592/593)

- arg.: Entstehungsgeschichte

3.A.: behördlicher Rechtsschutzantrag vorrangig bei sofortiger Vollziehbarkeit kraft Gesetzes (OVG Lüneburg, NVwZ 1994, 698; vertiefend Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO., § 80a Rn. 72ff)

beachte: wegen § 80 VI 2 VwGO ist der Streit in der Regel irrelevant; denn auf die Baugenehmigung als VA mit Doppelwirkung angewendet, bedeutet „Vollstrecken“ „Gebrauchmachen“

4. Begründetheit

a) Antrag nach § 80 V VwGO

aa) Überprüfung der formellen Rechtmäßigkeit der Anordnung des Sofortvollzugs gem. §§ 80 II 1 Ziff. 4, 80 III VwGO

(1) beachte:

konkludente Sofortvollzugsanordnung (SA) unzulässig (VGH Mannheim, NVwZ 1995, 813; vgl. aber OVG Koblenz, NVwZ-RR 1993, 480/481: Fiktion einer SA, wenn Behörde wegen der Gesamtumstände "sinnvollerweise der Sofortvollzug wünscht"

(2) Zuständigkeit (vgl. Brühl, JuS 1995, 627/630)

(3) Anhörungspflicht gem. § 28 VwVfG NW (analog) - sehr Streitig (zusammenfassend Schoch, in: Schoch/SchmidtAßmann/Pietzner, aaO., § 80, Rn. 181ff)

(4) Begründungspflicht

§ 80 III VwGO als lex specialis gegenüber § 39 VwVfG (vgl. OVG Schleswig, NVwZ 1992, 688/689)

- Sinn des § 80 III VwGO

- Schutzfunktion für den Bürger: Dieser soll erkennen können, ob ein Antrag nach § 80 V VwGO Aussicht auf Erfolg hat.

- Kontrollfunktion: Das nach § 80 V VwGO angerufene Gericht soll die Erwägungen der Behörde hinsichtlich der Sofortvollzugsanordnung überprüfen können.
 - Warnfunktion für Behörde: Diese soll sich des Ausnahmecharakter der Sofortvollzugsanordnung bewußt und veranlasst werden, mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob tatsächlich ein überwiegendes Vollzugsinteresse den Ausschluß der aufschiebenden Wirkung erfordert.
 - Anforderungen
 - Erforderlich ist eine auf den konkreten Einzelfall abgestellte und nicht lediglich "formelhafte" schriftliche Begründung des besonderen öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehbarkeit.
 - Zwar kann die Anordnung der sofortigen Vollziehung grundsätzlich nicht mit der Rechtmäßigkeit des VA, d.h. dem Erlaßinteresse begründet werden (OVG Münster, NVwZ 1998, 977). Dies auch dann nicht, wenn der VA offensichtlich rechtmäßig sein sollte (vgl. VGH Mannheim, VBIBW 1996, S. 297 (298)). Vielmehr ist nach dem Normtext des § 80 III, 111 Nr. 4 VwGO zu begründen, inwieweit ausnahmsweise ein darüberhinausgehendes besonderes Vollzugsinteresse, d.h. Dringlichkeitsinteresse besteht.
 - Eine inhaltlich unzutreffende Begründung schadet nicht, da § 80 III VwGO eine reine Verfahrensnorm ist.
 - problematisch: Heilung von Begründungsmängeln (str.)
 - h.M.: Heilung unmöglich (VGH Mannheim, NJW 1977, 165)
 - arg.: Schutzzweck des § 80 in VwGO
 - a.A.: Heilung möglich (vgl. etwa OVG Münster, NJW 1986, 1894/1895)
 - arg.: Prozeßökonomie (§ 45 II VwVfG analog; vgl. dazu VGH Kassel, DÖV 1985, 75f; OVG Koblenz, NVwZ 1985; 919/920; kritisch dagegen Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO., § 80 Rn. 44)
- (5) Problematisch: Rechtsfolge bei formeller Rechtswidrigkeit der SA
- 1. A.: Aufhebung der Sofortvollzugsanordnung (VGH Mannheim, GewArch 1993, S. 81 (83); OVG Münster, NWVBI. 1994, S. 424 (425))

- Der Behörde sei sonst durch eine (rechtskräftige) gerichtlich verfügte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung die Möglichkeit genommen, den Fehler durch eine erneute fehlerfreie Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit zu beheben (obwohl sie inhaltlich korrekt gehandelt hat). Es bliebe nur der Ausweg des § 80 VII VwGO.
 - 2. A.: Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (OVG Magdeburg, LKV 1994, S. 295; OVG Schleswig, NVwZ 1992, S. 688 (690))
 - Die Entscheidungsbefugnis nach § 80 V VwGO deckt keine Entscheidung dieses Inhalts.
 - Die Rechtskraft des Beschlusses, der die aufschiebende Wirkung wiederherstellt, beschränkt sich auf diese formelle Frage. Die Behörde darf deshalb eine neue Sofortvollzugsanordnung erlassen.
- bb) Materiellrechtliche Prüfung (hiermit ist anzufangen, wenn kein Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO vorliegt)

- (1) Keine normativen Vorgaben
- (2) Interessenabwägung des Gerichts (h.M.): Abwägung zwischen Suspensivinteresse (= Aufschubinteresse) und Vollzugsinteresse

Leitender Gesichtspunkt: Rechtmäßigkeit / Rechtswidrigkeit des VA, denn:

- Ein öffentliches Interesse an der Vollziehung eines rechtswidrigen VA kann schon aus rechtsstaatlichen Gründen (Art. 20 III GG) nicht bestehen.
- Fälle des § 80 V 1 1. Alt., II 1 Nr. 3 VwGO

Allein maßgebend sind insoweit die Erfolgsaussichten in der Hauptsache, wobei § 80 IV 3 VwGO (zweifach analog: 1. Analogie: Behörde, 2. Analogie: Geltung nur für Abgaben und Kosten) den Ansatzpunkt bildet. Ernstliche Zweifel (+), wenn

- VA offensichtlich rechtswidrig (Evidenz),
- VA sicher rechtswidrig (nach eingehender Prüfung),
- streitig, wenn die Wahrscheinlichkeit, daß der VA rechtswidrig ist, nicht mehr als 50 % beträgt (non liquet). Kontrollfragen (sog. Doppelhypothese):
 - Was wäre, wenn die Entscheidung sofort vollzogen würde, die Klage aber letztlich erfolgreich bliebe ?

- Was wäre, wenn die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt würde, die Klage sich aber als unbegründet erwies ?
 - Im Fall des § 80 II 1 Nr. 3 VwGO findet keine gesonderte Dringlichkeitsprüfung statt, da der Gesetzgeber die besondere Dringlichkeit schon ausdrücklich festgelegt hat.
 - Fälle des § 80 V 1 2. Alt, II 1 Nr. 4 VwGO
 - Erfolgsaussichten in der Hauptsache maßgebend (wohl auch § 80 IV 3 VwGO (analog) als Ansatzpunkt)
 - Dringlichkeitsinteresse zusätzlich erforderlich (str.)
 1. A.: Nein (so früher h.M.)
 - Durch die sofortige Vollziehung eines offensichtlich rechtmäßigen VA entsteht dem Bürger kein Schaden.
 2. A.: Ja (BVerfG, NVwZ 1996, S. 58 (60); OVG Mecklenburg-Vorpommern, NVwZ 1995, S. 608; implizit jetzt auch BVerwG, NVwZ, 1997, S. 499 (501))
 - Die Behörde, die den Sofortvollzug anordnen will, kann dies nicht allein deshalb tun, weil der VA rechtmäßig ist. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO verlangt ein besonderes Dringlichkeitsinteresse. Dieser für die Behörde geltende Maßstab muß auch für die Ermessensentscheidung des Gerichts maßgeblich sein (Identität von Bindungs- und Kontrollmaßstab).
- b) Antrag nach § 80a VwGO (vertiefend Mampel, DVBl. 1997, 1155ff)
- Maßstäbe sind streitig (vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 a Rn. 58 ff.)
1. A.: Wie bei § 80 V, II 1 Nr. 4 VwGO (vgl. VGH Kassel, NVwZ 1993, S. 491 (492))
- ⇒ Differenzierung zwischen Fällen, in denen Rechtsbehelf kraft Gesetzes keinen Suspensiveffekt entfaltet und denen, bei dem erst die Sofortvollzugsanordnung dem Rechtsbehelf die aufschiebende Wirkung nimmt
2. A.: Einheitlich wie bei § 80 V, II 1 Nr. 3 VwGO
- ⇒ Entscheidend ist nur das materielle Recht

II. § 123 VwGO

1. Rechtsschutz des Bauherrn

str., ob einstweilige Rechtsschutzmöglichkeiten gem. § 123 I 2 VwGO bestehen, wenn Bauaufsichtsbehörde Baugenehmigung verzögert oder versagt.

1. A.: wegen Verbots der Vorwegnahme in der Hauptsache kein einstweiliger Rechtsschutz möglich (OVG Bautzen, NVwZ 1994, 81)

beachte: Anspruch des Betroffenen auf Entschädigung gem. § 39 OBG NW (vgl. BGH, NJW 1994, 2087) und gern. §§ 40 V OBG NW, 893 BGB i.V.m. Art. 34 GG.

2. A.: Ausnahme vom Vorwegnahmeverbot, wenn anderenfalls unzumutbare oder irreparable Nachteile entstehen würden und mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststeht, daß Bauherr im Hauptsacheverfahren erfolgreich

2. Rechtsschutz des Nachbarn

a) gegen Bauarbeiten gem. § 123 II VwGO

b) gegen genehmigungsfreigestellte Vorhaben (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1998, 218; vertiefend Uechtritz, BauR 1998, 719ff)

Problematisch, ob (Anordnungs-)Auspruch auf Einschreiten (Ermessensreduktion auf Null) bereits dann besteht, wenn Vorhaben gegen nachbarschützende Normen verstößt (so VGH Mannheim, BauR 1995, 219/229; VGH München, NVwZ 1997, 923; dagegen Krebs, in: Schmidt-Aßmann, Bes. VerwR, 4. Abschnitt, Rn. 242 mwN in FN 836)

III. § 47 VI VwGO

(vgl. vertiefend Gerhardt, in: Schoch/Schmidt- Aßmann / Pietzner, aaO., § 47 Rn. 126ff)

1. Verhältnis zu §§ 80, 80a, 123 VwGO (str.)

1. A.: generelle Nachrangigkeit gegenüber einzelaktsbezogenen einstweiligen Rechtsschutz (so wohl Eyermann - Schmidt, aaO., § 47 Rn. 107; Hufen, aaO., § 34 Rn. 8; VGH München, BayVBl. 1996, 731/732; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1999, 613)

2. A.: Nachrangigkeit im Einzelfall wegen fehlendem Rechtsschutzbedürfnisses (vgl. Gerhardt, in: Schoch/Schmidt - Aßmann / Pietzner, aaO., § 47 Rn. 1411151)

2. Zulässigkeit

a) Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache

b) nicht erforderlich: Antrag in der Hauptsache (h.M.; Eyermann - Schmidt, aaO., § 47 Rn. 108 m.w.N.; OVG Münster, BauR 1991, 47)

c) Statthaftigkeit (vgl. Statthaftigkeit des Normenkontrollantrags; sowie Gerhardt, aaO., § 47 Rn. 144)

- d) Antragsbefugnis (vgl. Antragsbefugnis beim Normenkontrollantrag; VGH Kassel, NVwZ-RR 1989, 9; a.A wohl Hufen, aaO., § 34 Rn. 7, der zusätzlich verlangt, daß der Antragsteller geltend macht, daß die einstweilige Anordnung aus wichtigen Grund geboten sei).

3. Begründetheit (str.)

- a) 1. A.: strenger Maßstab (vgl. etwa OVG Schleswig, NVwZ-RR 1996, 365; OVG Münster, NVwZ-RR 1995, 549 und zuletzt VGH Mannheim, NVwZ-RR 1998, 613) im Rahmen eines Abwägungsmodells nach der sog. Doppelhypothese (vgl. § 32 BVerfGG; vertiefend dazu Berkemann, in: Umbach/Clemens, BVerfGG, 1992 § 32 Rn. 179ff)

=> Folgenabwägung mit Evidenzkontrolle (vgl. Eyermann-Schmidt, aaO. § 47 Rn. 106; VGH München, BayVBI. 1992, 726/727; OVG Münster, NVwZ-RR 1993, 126/ 127)

- b) 2.A: Anwendung der Maßstäbe des § 123 VwGO (vgl. Gerhardt, aaO., § 47 Rn. 155/159ff)
- c) 3. A.: Anwendung der Maßstäbe der §§ 80, 80 a VwGO, wenn Anwendungsbereich des B-Plans sachlich und räumlich (sehr) begrenzt (sog. Briefmarken-Bebauungsplan, VGH München, NVwZ-RR 2000, 416/417f).